



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
FUERO PENAL COLEGIADO

COMPENDIO 2021

RECOPIACIÓN DE FALLOS Y PRECEDENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Dra. Marina Martín

Jueza Juzgado Penal Colegiado N° 1 - Primera Circunscripción Judicial

PRESENTACIÓN.

Se pone a disposición de la comunidad el Compendio 2021, recopilación de fallos y precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, subrayando la importancia del estudio de la jurisprudencia como fuente del derecho.

La obra, en su conjunto, tiene como aspiración convertirse en una herramienta digital, que permita a los lectores, tener acceso a las resoluciones judiciales de manera fácil y eficiente, proporcionando una base de información actualizada, completa y organizada.

Como antes se ha esbozado, el proyecto “Compendio de fallos” tiene como primer objetivo trazado, la elaboración de cinco volúmenes anuales de fallos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, desde el año 2019 al 2023, dando cumplimiento con esta cuarta entrega, a la meta que ha sido fijada.

El trabajo contiene **núcleos temáticos**, siguiendo el orden de los títulos del libro II del Código Penal Argentino. Cada fallo detalla el marco normativo aplicado (**Lex**), voces o palabras claves del texto bajo estudio (**Vox**), y un breve resumen de la resolución (**Summa**) donde se detallan jurisprudencia (provincial, nacional e internacional) y doctrina citadas o relacionadas. Luego se indica la composición y orden de votación del Tribunal. La obra aduna un apéndice normativo.

Finalmente se destaca, que los compendios 2019 y 2021, han sido realizados con la colaboración de un equipo conformado a tal fin, que ha puesto su tiempo y conocimiento al servicio de los demás.

Marina Martín

Mendoza, Octubre de 2023

Dirección: Dra. Marina Martín.

Equipo Compendio 2021: Dra. Silvina Baldovino. (S.B.). Dra. Belén Bazán. (B.B.). Dra. Silvina Bazán. (S.B.T.). Dra. Inda Browarnik (I.B.). Dr. Rodrigo Bustos. (R.B.). Dra. Natacha Cabeza. (N.C.). Dr. Nicolás Chichahuala. (N.M.C.) Dr. Martín Coria. (M.C.). Dr. Emilio Cuenca. (E.C.) Dra. Valeria Donato. (V.D.) Dra. Fernanda Donna. (F.D.) Dr. Javier Fernández. (J.F.) Dr. Daniel Funes. (D.F.) Dra. Andrea Hernández (A.H.). Dr. Pablo Laiseca. (P.L.). Dr. Máximo Lorda. (M.L.) Téc. Adrián Pérez. (A.E.P.). Dra. Carolina Ramonda. (C.R.). Dra. Paula Tano. (P.T.). Dra. Celeste Vicchi. (C.V.) Dra. Ayelén Vidal. (A.V.) Dra. Amalia Yornet. (A.Y.) Dr. Hernán Zeballos. (H.Z.) Dra. Marina Martín (M.M.).

Índice	
PRESENTACIÓN	2
Índice.....	4
ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.....	80
CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios.	84
1- PAJON RETAMALES. 08-01-21 (JJ)	84
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf	84
Lex: Art. 80 inc. 7°; 165 y 45 del CP. Art. 2 de la ley 9106. Arts.474 inc. 1° y 2°, 489 del CPP.....	84
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Juicio por jurado.....	84
Summa:	84
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro	84
Fallo	85
1.- Sentencia recurrida.....	85
2.- Recursos interpuestos	86
3.- Dictamen del señor Procurador General	88
4.- La solución del caso	89
SENTENCIA:	96
2- GUTIERREZ y ot. 08-01-21. (JJ)	98
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446	98
Lex: Art. 80 inc. 6° del CP. Ley 8465 y 8971. Ley 27375. Ley 24660. art. 32, 38, art. 41 inc. c) de la ley 9106.Art. 43 CN y 148 CM. 474, 475, 476 y 480 del CPP.	98
Vox: Homicidio agravado. Concurso premeditado de dos o más personas. Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y de penas de larga duración. Sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.....	98
Summa:	98
Fallo:	101
1.- Sentencia recurrida.....	101
2.- Recursos de casación	102
3.- Dictamen del señor Procurador General	105
4.- La solución del caso	106
SENTENCIA:	115
3- IBAÑEZ BENAVIDEZ y ot. 08-01-21. (JJ)	116
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=447	116
Lex: Art. 80 inc. 1° y 2° del CP. Arts. 13, 14 y 41 ley 9106 y arts. 474 incs. 1° y 2° y 489 del CPP.....	116

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Alevosía. Principios de congruencia y de imparcialidad. Instrucciones. Comisión. Omisión. Abandono de persona –un delito de omisión propia-. Conducta debida.	116
Summa:	116
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	117
Fallo:	118
1.- Sentencia recurrida.....	118
2.- Recursos de la defensa	119
3.- Dictamen del señor Procurador General	120
4.- La solución del caso	121
SENTENCIA:	130
4- DI CESARE MELLI. 08-01-21.	131
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=448	131
Lex: Art. 79 del CP. Art. 80 inc. 11° del CP.	131
Vox: Homicidio simple. Homicidio agravado. Violencia de Género. Femicidio. Perspectiva de género. Relación de pareja. Recurso del querellante. Doble conforme.	131
Summa:	131
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	132
Fallo:	133
I.- Sentencia recurrida.....	133
II.- Los recursos de casación formulados	133
III.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto	134
IV.- La solución del caso	135
SENTENCIA:	164
5- TIZZA. 08-01-21. (JJ)	166
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf	166
Lex: Art. 80 inc. 1° y 89 del CP. Ley 9106.	166
Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Lesiones leves calificadas. Acción. Comisión por omisión. Posición de garante. Veredicto Jurado. Unanimidad. Instrucciones al Jurado. Nulidad.....	166
Summa:	166
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	168
Fallo:	169
1.- Sentencia recurrida.....	169
2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad.....	170
3.- Dictamen del señor Procurador General	172

4.- La solución del caso	174
SENTENCIA:	207
6- QUISPE ESPINOZA. 02-03-21. (JJ)	208
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524	208
Lex: Art. 80 inc. 6°, 41 bis, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 55 del CP. Ley 9106. Arts. 18, 24 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14, PIDCP; art. 8 inc. 1° de la CADH; art. 25 de la CMZA. art. 1 y 4 del CPP. Arts. 75 inc. 12 y 118 de la CN. art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP. art. 411 inc. 2° del CPP.	208
Vox: Homicidio agravado. Concurso real. Arma de fuego. Prisión perpetua. Juicio por jurado. Amenazas agravadas. Concurso predeterminado de dos o más personas.	208
Summa:	208
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	210
Fallo:	211
1.- Sentencia recurrida.....	211
2.- Recurso de casación a favor de Rodrigo Laureano Millicay Robledo	212
3.-Recurso de casación a favor de Denis Gastón Bustos Tobio	213
4.- Dictamen del señor Procurador General	217
5.- Solución del caso.....	218
SENTENCIA:	238
7- COLAIACOVO RUGGERI. 19-04-21.	239
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=529	239
Lex: Art. 79, 89 del CP. Art. 408 del CPP.	239
Vox: Homicidio simple con dolo eventual. Lesiones. Deliberación. Tipo subjetivo. Teoría de la representación débil. Peligro de dolo. Peligro de imprudencia.	239
Summa:	239
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	239
Fallo:	240
I.- Sentencia recurrida.....	240
II.- Recurso de casación.....	241
III.- Dictamen del señor Procurador General	242
IV.- La solución del caso	242
SENTENCIA:	257
8- GUZMAN ZALAZAR. 28-04-21.	258
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=519	258
Lex: Art. 79, 34 inc. 5°, 35 y 84 del CP. Art. 72 inc. 1°, 79, 475 inc. 2° del CPP.	258

Vox: Homicidio Culposo. Cumplimiento legítimo de un cargo. Exceso. Recusación.....	258
Summa:	258
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Llorente. (Licencia)	258
Fallo:	259
1.- La sentencia recurrida.....	259
2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Guzmán Zalazar	260
4.- Dictamen del señor Procurador General	262
5.- Incidente de recusación deducido por la defensa de Diego Guzmán Zalazar	263
6.- La solución del caso	263
SENTENCIA:	267
9- VARELA ROCHA. 03-05-21.	268
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=527	268
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP.....	268
Vox: Homicidio. Arma de fuego.....	268
Summa:	268
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	268
Fallo:	269
1.- Sentencia recurrida.....	269
2.- Recurso de casación.....	269
3.- Dictamen del señor Procurador General	270
4.- La solución del caso	270
SENTENCIA:	273
10- LUCERO GONZALEZ. 06-05-21.	274
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=508	274
Lex: Art. 89, 59 inc. 3°, 62, 67 del CP. Arts. 377 y 474 inc. 2 del CPP.....	274
Vox: Lesiones. Prescripción. Sobreseimiento. Calificación legal.	274
Summa:	274
SCJM. Dres.: Palermo. Day. Gómez	274
Fallo:	275
1.- La sentencia recurrida.....	275
2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal	275
3.- Dictamen del Procurador General	276
4.- La solución del caso	276
SENTENCIA:	279

11- BECERRA. OVIEDO CASTRO. 08-06-21.	280
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=530	280
Lex: Art. 45 y 95 del CP. Art. 474 inc. 2° del CPP.....	280
Vox: Homicidio en agresión. JAI cuestionado. Recurso de revisión. Congruencia. Defensa in pejus.	280
Summa:	280
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	280
Fallo:	281
1.- Resolución recurrida	281
2.- Recurso de casación.....	281
3.- Dictamen del señor Procurador General	282
4.- La solución del caso	282
SENTENCIA:	284
12- ARRIETA. 17-06-21.	286
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=515	286
Lex: Art. 84 1° párrafo en función del art. 20 bis inc. 1°, 248 y 54 del CP y art. 474 inc. 1° y 2° del CPP.	286
Vox: Homicidio culposo. Incumplimiento de deberes de funcionario público. Fundamentación. Unificación de pena. Método compositivo.	286
Summa:	286
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	287
Fallo:	288
1.- La resolución recurrida	288
2.- Recurso de casación.....	289
3.- Dictamen del señor Procurador General	291
4.- La solución del caso	291
SENTENCIA:	305
13- ARZUZA VILLEGAS. 24-04-21.	306
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=540	306
Lex: Art. 79; 55; 174, inc. 5° del CP.	306
Vox: Homicidio simple y fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas. Casación horizontal. Valoración probatoria.	306
Summa:	306
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Llorente	306
Fallo:	307

1.- La sentencia recurrida.....	307
2.- El recurso de casación de la defensa de Carlos Gustavo Arzuza	309
3.- Dictamen del señor Procurador General	310
4.- La solución del caso	310
SENTENCIA:	314
14- BERTOLANI ALFARO. 08-07-21.	315
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=562	315
Lex: Arts. 79, 41 bis, 42, 104, 1° y 2° párrafo, 55; 164 y 42 del CP.	315
Vox: Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en tentativa; abuso de armas sin herido; abuso de armas con heridos; concurso real; valoración de testimoniales que tienen discrepancias pero coinciden en lo esencial; dolo homicida; barrido electrónico negativo pero no ofrecido como prueba; peligro de vida; in dubio pro reo; revisión ex novo del debate.....	315
Summa:	315
Parágrafo destacado	315
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro	316
Fallo:	317
1.- Resolución recurrida	317
2.- Recurso de casación.....	317
3.- Dictamen del señor Procurador General	318
4.- La solución del caso	318
SENTENCIA:	321
15- RAMIREZ ALCALDE. 27-08-21.	322
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=507	322
Lex: Art. 34, inc. 6°, 35, 26 y 29 inc. 3° del CP.....	322
Vox: Homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa. Agresión ilegítima. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Oralidad de las sentencias.	322
Summa:	322
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	323
Fallo:	324
I.- La sentencia recurrida.....	324
II.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal.....	324
III.- Dictamen del señor Procurador General	324
IV.- La solución del caso	325
SENTENCIA:	330

16- OCHOA CAMPOS. 30-08-21.	331
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=504	331
Lex: Art. 79 y 41 bis; 12, 19, 29 inc. 3° del Código Penal. Arts. 40 y 41 del Código Penal	331
Vox: homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego. Individualización de la pena. Recurso de queja. Emoción violenta.....	331
Summa:	331
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Garay	331
Fallo:	332
1.- Sentencia recurrida.....	332
2.- El recurso de casación.....	333
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	333
4.- La solución del caso	334
SENTENCIA:	336
17- AUCACHI CISNEROS. 02-09-21.	337
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=558	337
Lex: Arts. 84 bis, 54 y 94 del CP.	337
Vox: Homicidio con dolo eventual. Homicidio culposo. Concurso ideal. Lesiones culposas.....	337
Summa:	337
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	337
Fallo:	338
I.- Sentencia recurrida.....	338
II.- El recurso de casación de la defensa	338
III.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal.....	339
IV.- Dictamen del señor Procurador General.....	339
V.- La solución del caso	339
SENTENCIA:	344
18- GUAJARDO SEPUT. 03-09-21.	345
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=511	345
Lex: Art. 7, 256, 320, 321, 155, 416 inc.4°, 197, 198 y 200 del CPP. Ley 26061. Ley 27372. Ley 23849. Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 468 CPP. Art. 75, inc. 22° de la CN.	345
Vox: Homicidio culposo. Nulidad absoluta. Falta de fundamentación. Nulidad por la nulidad misma. Nulidad del examen histopatológico. Actos definitivos e irreproductibles.....	345
Summa:	345
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	346
Fallo:	347

1.- La resolución recurrida	347
2.- El recurso de casación.....	350
3.- La contestación de la defensa de los coimputados Leonor Yolanda Livadioti Ryba y Pedro Martín Seput Yactayo.....	352
4.- El dictamen del Procurador General.....	354
5.- La solución del caso	354
SENTENCIA:	361
19- FRANCO RODRIGUEZ. 14-09-21.	363
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=563	363
Lex: Art. 79 en función con el art. 41 bis, 84, 40 y 41 del CP.; arts. 474 inc. 1° y 2° del CPP.....	363
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Dolo eventual. Homicidio culposo. Valoración probatoria. Individualización de la pena.....	363
Summa:	363
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	363
Fallo:	364
I.- Sentencia recurrida.....	364
II.- Recurso de casación.....	364
III.- Dictamen del señor Procurador General	366
IV.- La solución del caso	366
SENTENCIA:	370
20- VAZQUEZ CORREA. 20-09-21. (JJ)	371
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=599	371
Lex: Art. 2, 47, 49 de la ley 9106. Art. 59 inc. 1°, 475, 476 inc. 4°, 477 del CPP. Art. 80 inc. 1° y 11° del CP.	371
Vox: Juicio por jurado. Casación contra rechazo del planteo de incompetencia.....	371
Summa:	371
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Palermo (Licencia).	371
Fallo:	372
1.- La resolución recurrida	372
2.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal.....	374
3.- El recurso de casación del representante de la querellante particular	375
4.- La contestación de vista por la defensa del acusado.....	376
5.- Dictamen del señor Procurador General	376
6.- La solución del caso	376
SENTENCIA:	381

21-PRÁDENAS. 22-10-21	383
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211022_FcPA.pdf	383
Lex: Art. 142 inc. 1°, 12 y 29 inc. 3, 106, 1° y 3° párrafo del CP	383
Vox: Privación ilegítima de la libertad agravada. Abandono de persona seguido de muerte. Recurso de revisión. Cosa juzgada. Doble conforme.....	383
Summa:	383
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Garay.....	383
Fallo	384
1.- Sentencias recurridas	384
2.- Recurso de revisión	385
3.- Dictamen de la Procuración General	388
4.- La solución del caso	388
SENTENCIA:	398
22- ARANDA MOYANO. ALANIZ LOPEZ. 25-10-21.	400
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=690	400
Lex: Art. 80, inc. 7°, 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP.	400
Vox: Homicidio. Criminis causa. Tentativa. Valoración probatoria. Arma de fuego.	400
Summa:	400
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	400
Fallo:	401
1.- La sentencia recurrida.....	401
2.- El recurso de casación de la defensa de Ricardo Alaniz López	402
3.- Dictamen del señor Procurador General	402
4.- La solución del caso	403
SENTENCIA:	405
23- ACUÑA. 07-12-21.	407
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710	407
Lex: Art. 80 inc. 1° y último párrafo del CP. Art. 40 y 41, 41 bis del CP.	407
Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Circunstancias extraordinarias de atenuación. Nulidad infundada. Orden de secuestro. Rechazo de exclusión probatoria. Veredicto no arbitrario. Juicio por jurado. Veredicto de culpabilidad. Determinación de la pena. Planteo infundado. Acceso a la doble instancia. Deber de investigación en VG.....	407
Summa:	407
SCJM. Dres.: Valerio. Garay. Llorente. Day. Adaro. Gómez. Plenario.	409
Fallo:	410

1.- Sentencia recurrida.....	410
2.- Recurso de casación.....	411
3.- Dictamen del señor Procurador General	415
4.- Audiencia de informe oral del recurso	416
5.- La solución del caso	416
SENTENCIA:	443
24- SANGUINA OSORIO. 14-12-21.....	444
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=714	444
Lex: Art. 79 del CP.	444
Vox: Homicidio simple. Valoración de la prueba	444
Summa:	444
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	444
Fallo:	445
I.- Sentencia recurrida.....	445
II.- Recurso de casación.....	445
III.- Dictamen del señor Procurador General	446
IV.- La solución del caso	447
SENTENCIA:	450
CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas.....	452
1. BASTIAS BARROSO. 08-02-21.....	452
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_FcBBG.pdf	452
Lex: Art.89 en función del Art. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.	452
Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Violencia de género. Amenazas simples. Concurso real.	452
Summa:	452
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	453
Fallo:	454
I.- Sentencia recurrida	454
II.- Recurso de casación	455
III.- Dictamen del Procurador General.....	456
IV.- La solución del caso	456
SENTENCIA:	462
2. BASUALDO. 08-02-21.	464
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_FcBEE.pdf	464
Lex: Art 89, 92, 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485.....	464

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas.	464
Summa:	464
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	465
Fallo:	466
I.- Sentencia recurrida	466
II.- Recurso de casación	466
III.- Dictamen del señor Procurador General	467
IV.- La solución del caso	468
SENTENCIA:	473
3. VALDEZ. 09-02-21.	475
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210209_FcValdez.pdf	475
Lex: Arts. 94, 54 y 55 del CP.	475
Vox: Lesiones leves culposas.	475
Summa:	475
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	475
Fallo:	476
I.- Sentencia recurrida	476
II.- Recurso de casación	477
III.- Dictamen del señor Procurador General	478
IV.- La solución del caso	478
SENTENCIA:	481
4. MORALES. 22-02-21.	482
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcMVM.pdf	482
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Le y 26485. Convención Belem Do Pará.	482
Vox: VG. Coacciones. Violencia de género.	482
Summa:	482
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Llorente.	482
Fallo:	483
1.- Sentencia recurrida	483
2.- Recurso de casación	483
3.- Dictamen del Procurador General	484
4.- La solución del caso	484
SENTENCIA:	487
5. ASTORGA GOMEZ. 16-04-21.	488

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210416_FcAGG.pdf	488
Lex: Arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11°, 55, y 239 del CP.....	488
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Concurso real. Desobediencia a la autoridad. Vínculo. Violencia de género. JAI cuestionado.....	488
Summa:	488
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	488
Fallo:	489
I.- La sentencia recurrida	489
II.- El recurso de casación	490
III.- Dictamen de la Procuración General	490
IV.- La solución del caso	490
SENTENCIA:	492
6. CORIA CHACON. 25-06-21.	493
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcCCS.pdf	493
Lex: Art 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11° del CP. Art 2, 3, 4,26 y 29 de la Ley 26485. Art. 244 del CPP. Convención Belem Do Pará.....	493
Vox: VG. Lesiones. Violencia de Género. Legítima Defensa. Pericia. Informe Técnico. Nulidad.....	493
Summa:	493
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	494
Fallo:	495
I.- Sentencia recurrida	495
II.- Recurso de casación	495
III.- Dictamen del señor Procurador General	496
IV.- La solución del caso	497
SENTENCIA:	507
7. MIGLIORISI. 25-06-21.	508
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcMOF.pdf	508
Lex: Art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°; 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.	508
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo. Violencia de género. Amenazas simples	508
Summa:	508
Párrafos destacados	509
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	509
Fallo:	510

I.- Sentencia recurrida	510
II.- Recurso de casación	511
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	512
IV.- La solución del caso	512
SENTENCIA:.....	520
8. PETRICONA. 23-06-21.....	521
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcPetricorena.pdf	521
Lex: Arts. 104, 205, 55 del CP.....	521
Vox: Abuso de arma. Dolo de peligro. Fundamentación del monto de la pena. Ilegitimidad y nulidad de pena impuesta.	521
Summa:	521
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio	521
Fallo:	522
1.- Sentencia recurrida	522
2.- Recurso de casación	523
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	524
4.- La solución del caso.....	524
SENTENCIA:	528
9. LUCERO VIDELA. 12-08-21.....	529
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210812_FcLV.pdf	529
Lex: Arts. 89, 92, art. 80 incs. 1° y 11°; y 58 del CP. Art. 2 incs. a, b, c y e y 4 de la Ley 26485. Art. 16 de la CN. Arts. 206 y 409 del CPP. Art. 7 inc. e de la Convención Belem Do Pará. Ley 27499 (Ley Micaela). Acordada N° 29318 y su anexo.	529
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja. Sana crítica racional. Motivación de la sentencia. Contexto familiar. Fase de luna de miel. Improcedencia del recurso de inconstitucionalidad. Valoración de los medios de prueba en casos de violencia de género. Retracción de la víctima motivada por carencia de red de contención familiar y económica. Violencia económica.	529
Summa:	529
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	530
Fallo:	531
I.- La sentencia recurrida.....	531
II.- El recurso de casación y de inconstitucionalidad de la defensa.....	532
III.- Dictamen del Procurador General.....	532
IV.- La solución del caso	533
SENTENCIA:	540

10. GARAY. 25-08-21.	541
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcGDE.pdf	541
Lex: Art. 89, en función del 92 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 4 de la ley 26485. Ley 27499.	541
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas por mantener una relación de pareja en contexto de violencia de género. EPI. Prueba con perspectiva de género. Sana crítica racional. Falta de perito de parte no impide pericia. Audios y videos no peritados: validez como indicios. Falta de ofrecimiento de prueba y de pedido de pericias.	541
Summa:	541
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio	542
Fallo:	543
I.- La sentencia recurrida	543
II.- El recurso de casación de la defensora	544
III.- Dictamen del Procurador General	545
IV.- La solución del caso	546
SENTENCIA:	552
11. PINTO. 27-08-21.	553
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcPinto.pdf	553
Lex: Art. 94, 64 del CP. Art. 26 inc. 4° del CPP.	553
Vox: Lesiones culposas. Multa. Prisión. Inhabilitación. Extinción de la acción. Pago voluntario de la multa. Principio de oportunidad.....	553
Summa:	553
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo.	553
Fallo:	554
1.- La sentencia recurrida	554
2.- El recurso de casación de la defensa de Pedro Dionisio Pinto	555
3.- Dictamen del Procurador General	555
4.- La solución del caso	555
SENTENCIA:	561
12- DE MIGUEL TORTOSA. 10-09-21.	562
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210910_FcDMT.pdf	562
Lex: Arts. 89, 80 inc. 11° del CP. Arts. 2, 200, 206, 411 inc. 2, 462 última parte, 474 inc. 1° y 2° del CPP. Arts. 4, 16 y 31 de Ley 26485; Arts. 7 y 8 de CADH, Art. 14.2 de PIDCYP, Art. 16 y 75 inc. 22° de CN.	562
Vox: VG. Lesiones Leves Dolosas. Agravante de violencia de género. Violencia de Género. Valoración probatoria con perspectiva de género. Nulidad. Estado de necesidad justificante.	562
Summa:	562

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	563
Fallo:	564
I.- Sentencia recurrida	564
II.- Recurso de casación	564
III.- Dictamen del señor Procurador General	565
IV.- La solución del caso	565
SENTENCIA:	577
13. POLONI. 02-09-21.	578
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf	578
Lex: Art. 90, 54 y 94, 1° párrafo del CP.	578
Vox: Lesiones leves culposas. Lesiones graves culposas. Riesgo prohibido. Resultado. Concurrencia de culpas. Autopuesta en peligro de la víctima. Actuación a propio riesgo de la víctima en el nivel del tipo objetivo. Principio de culpabilidad por el hecho.	578
Summa:	578
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	579
Fallo:	580
I.- Sentencia recurrida	580
II.- Recurso de casación	581
III.- Dictamen del señor Procurador General	581
IV.- La solución del caso	581
SENTENCIA:	585
14. AGUERO. 15-09-21.	586
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf	586
Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°; 55, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 10 del CP.	586
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género. Amenazas agravadas por uso de arma. Privación ilegítima de la libertad cometida en contexto de violencia de género. Detención domiciliaria.....	586
Summa:	586
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	586
Fallo:	587
1.- La resolución recurrida	588
2.- El recurso de casación	588
3.- El dictamen del señor Procurador General	589
4.- La solución del caso	590

SENTENCIA:	593
15. CAMACHO. 06-10-21.	594
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211006_FcCSM.pdf	594
Lex: Art 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 del CP.....	594
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de Género. Desobediencia a la autoridad.....	594
Summa:	594
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	595
Fallo:	596
I.- Sentencia recurrida	596
II.- Recurso de casación	596
III.- Dictamen del señor Procurador General	597
IV.- La solución del caso	598
SENTENCIA:	605
16. GONZALEZ Ricardo. 09-11-21.	607
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcGR.pdf	607
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, art. 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 4 de la Ley 26485. Art. 400 inc. 2° del CPP.	607
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Relación de pareja. Violencia de género. Amenazas simples. Lectura. Memoria. Igualdad.....	607
Summa:	607
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	607
Fallo:	608
I.- Sentencia recurrida	608
II.- Recurso de casación	609
III.- Dictamen del señor Procurador General	610
IV.- La solución del caso	610
SENTENCIA:	619
17. SCIFO RUFFINI. 02-12-21.	620
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcSRF.pdf	620
Lex: Art.92 en función del art. 89 y 80 incisos 1° y 11° del CP.....	620
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género.	620
Summa:	620
Precedentes citados	620
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	621

Fallo:	622
I.- Sentencia recurrida	622
II.- Recurso de casación	622
III.- Dictamen del señor Procurador General	623
IV.- La solución del caso	624
SENTENCIA:	632
18- ORIHUELA SOTO. 17-12-21	634
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcSRF.pdf	634
Lex: Art. 104, 1° párrafo del CP. Art. 358, 418, 149, 420 del CPP. Art. 198 del CPP.	634
Vox: Abuso de arma. JAI. Absolución. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad.	634
Summa:	634
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro. (Licencia)	634
Fallo:	635
1.- La sentencia recurrida	635
2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal	636
3.- Dictamen del Procurador General	637
4.- La solución del caso	637
SENTENCIA:	639
CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual.	642
1- REVECO NARAMBUENA. 22-02-21.	642
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=660	642
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	642
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Introducción de dedos. Retracción. Ausencia de lesión vaginal.	642
Summa:	642
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	643
Fallo:	644
1.- Sentencia recurrida	644
2.- Recurso de casación	644
3.- Dictamen del señor Procurador General	646
4.- La solución del caso.	646
SENTENCIA:	654
2- GONZALEZ ORTEGO. 26-02-21.	655
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=658	655

Lex: Art. 119 1° y 4° párrafo inc. a, b y f, en función del art. 55 a contrario sensu; 54; 125 párrafos 1° y 3°; art. 119 2° y 4° párrafo inc. b y 42 del CP. Art. 75 inc. 22 de la CN.....	655
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. Daño en la salud. Encargado de la guarda. Convivencia. Delito continuado. Concurso ideal. Promoción a la corrupción agravado. Concurso real. Abuso sexual gravemente ultrajante agravado. Tentativa. Suicidio.	655
Summa:	655
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	656
Fallo:	657
1.- Resolución recurrida	657
2.- Recurso de casación.....	658
3.- Dictamen del señor Procurador General	658
4.- La solución del caso	658
SENTENCIA:	661
3- PORCEL VALERO. 09-03-21.	662
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf	662
Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° y 4° párrafos, incs. b y f en función de los arts. 54 y 55, todos del CP. Convención Belém Do Pará". Ley 24632. Ley 26485. UNODC. UNICEF. Acordada 29318.....	662
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. SP: Víctima menor de edad. SA: Ascendiente. Convivencia. Delito continuado. Concurso real. Concurso ideal. Violencia de género. Abuso sexual infantil.	662
Summa:	662
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	664
Fallo:	665
1.- La resolución recurrida	665
2.- Recurso de casación.....	667
3.- Dictamen del señor Procurador General	671
4.- La solución del caso	672
SENTENCIA:	692
4- PEREZ GIL. 15-03-21.	693
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=603	693
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b y f del CP. Art. 418 del CPP	693
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado por el vínculo. Convivencia. Juicio Abreviado cuestionado. Falta de fundamentación de la pena impuesta. JAI cuestionado.	693
Summa:	693
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	693
Fallo:	694

1.- Sentencia recurrida.....	694
2.- Recurso de casación.....	695
3.- Dictamen del señor Procurador General	695
4.- La solución del caso	695
SENTENCIA:	697
5- COZ LUNA. 15-03-21.	698
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=605	698
Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. f y art. 55 y 45 del CP. Ley 26485. Ley 26061.	698
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple y con acceso carnal. Convivencia. Concurso real. Perito de parte.....	698
Summa:	698
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	699
Fallo:	700
1.- Sentencia recurrida.....	700
2.- Recurso de casación.....	700
3.- Dictamen del señor Procurador General	701
4.- La solución del caso	701
SENTENCIA:	711
6- MOLINA. 15-03-21.	712
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=657	712
Lex: Art. 119, 1° párrafo, 58 del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° del CPP.	712
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Unificación de pena.	712
Summa:	712
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Day.	712
Fallo:	713
1.- La resolución recurrida	713
2.- Recurso de casación.....	714
3.- Dictamen del señor Procurador General	715
4.- La solución del caso.	716
SENTENCIA:	728
7- SALAS ROMERO. 15-03-21.	729
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcSRO.pdf	729
Lex: Art. 119, 3° párrafo C.P.; arts. 474 incs 1 y 2 C.P.P.; Ley 24685. Convención Belem Do Pará. Corte IDH y CIDH.....	729

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Análisis sobre investigación criminal como garantía del derecho a la verdad. Consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género.....	729
Summa:	729
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo Valerio.....	730
Fallo:	731
I.- Sentencia recurrida.....	731
II.- Recurso de casación.....	731
III.- Dictamen del señor Procurador General	733
IV.- La solución del caso	733
SENTENCIA:	747
8- TRASLAVIÑA ARANCIBIA. 31-03-21.	748
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=604	748
Lex: Arts. 119, 3° párrafo en función con el art. 119, 4° párrafo inc. b y f y art. 55 del CP. Convención Belem Do Para. Leyes 27.499 y 26485.	748
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. SA: Ascendiente. Conviviente. CR. Hija menor de edad. Perspectiva de género. Monto Mínimo de Pena.	748
Summa:	748
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	749
Fallo:	750
1.- Resolución recurrida	750
2.- Recurso de casación.....	751
3.- Dictamen del Señor Procurador General.....	751
4.- La solución del caso	751
SENTENCIA:	760
9- ROUX MALDONADO. 16-04-21.	761
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=607	761
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el art. 55 CP y Art. 475 inciso 2° del CPP. Convención Belem Do Para. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad.	761
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Credibilidad del testimonio de la víctima.	761
Summa:	761
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	762
Fallo:	763
1.- La sentencia recurrida.....	763

2.- Recurso de casación.....	764
3.- Dictamen del Procurador General	765
4.- La solución del caso	765
SENTENCIA	774
10- VIDELA MONTENEGRO. 15-04-21.	775
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210415_FcVMR.pdf	775
Lex: Arts. 119, 4° párrafo, en función del 2° párrafo del CP. Arts. 119, 4° párrafo inc. f en función del 2° párrafo del CP. Arts. 119, 1° párrafo, en función con el art. 119, 5° párrafo inc. b y f del CP. Arts. 119, 5° párrafo, en función con el 1° y 4° párrafo, inc. b, 55 del CP.....	775
Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años. Convivencia preexistente. JAI cuestionado. Consentimiento viciado. Consentimiento libre.	775
Summa:	775
SCJM: Dres. Palermo. Valerio. Adaro.	776
Fallo:	777
I.- La resolución recurrida	777
II.- El recurso de casación de la defensa	778
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	779
IV.- La solución del caso	779
SENTENCIA:	781
11- ORTIZ AGUERO. 16-04-21.	782
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637	782
Lex: Arts. 92 en función con los Arts. 89 y 80 inc. 1° y 11°, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 119, 3° párrafo del CP. y Art. 4 de la Ley 26485. Art. 474 inc. 1° del CPP. Convención Belem Do Para. ...	782
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo preexistente. Violencia de género. Amenazas simples. Abuso sexual. Acceso carnal. Relaciones consentidas. Retracción.	782
Summa:	782
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	783
Fallo:	784
1.- La sentencia recurrida.....	784
II.- El recurso de casación.....	785
III.- Dictamen de la Procuración General	786
IV.- La solución del caso	787
SENTENCIA:	794
12- ROJAS SANTILLAN. 28-04-21.	796
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=608	796

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239 y 55 del CP; art. 4 Ley 26485.....	796
Vox: VG. Abuso sexual abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas simples. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Falta de juramento de la víctima en debate oral.	796
Summa:	796
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	797
Fallo:	798
1.- Resolución recurrida	798
2.- Recurso de casación.....	799
3.- Dictamen del señor Procurador General	800
4.- La solución del caso	800
SENTENCIA:	807
13- CORAITE AQUINO. 03-05-21.	809
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=580	809
Lex: Arts. 119, 4° párrafo, inc. f y 55, 45 del CP. Arts. 85, 147, 155 ,198 inc. 1°, 371 y 377 del CPP. Resolución N° 26 de implementación de la ley 9040.....	809
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Número indeterminado de hechos en concurso real. Identidad física del juzgador. Principio de inmediación. Sistema de video registración de las audiencias públicas.....	809
Summa:	809
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	810
Fallo:	811
1.- Sentencia recurrida.....	811
2.- Recurso de casación.....	811
3.- Dictamen del señor Procurador General.	812
4.- La solución del caso	812
SENTENCIA:	816
14- BISCONTIN TOBARES. 17-05-21.	817
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581	817
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo letra “b” y 55 CP. Art. 26, 48 y 148 Constitución de Mendoza. Art. 72 incs. 1° y 11° 2, 476, inc. 2 y 477 del CPP. Art. 8 inc. 1° de la CADH. PIDCyP. CDN. Convención Belém do Pará. Leyes 26485; 27489 y Acordada 29318.	817
Summa:	817
SCJM. Dr. Valerio. Dra. Day. Dr. Garay.	818
Fallo:	819
1.- La resolución recurrida	819
2.- Recursos formulados	821

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal	824
4.- La solución del caso	825
SENTENCIA:	841
15- GOMEZ AYALA. 17-05-21.	842
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662	842
Lex: Arts. 119, 3° párrafo, 119, 2° párrafo, art. 55, art. 42, art. 54 y art. 125, 2° y 3° párrafo, 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo, inc. b y f del CP. CDN.....	842
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal EGT. CI. Corrupción de menores. Víctima menor de 13 años.	842
Summa:	842
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	843
Fallo:	844
1.- La resolución recurrida	844
2.- Recurso de casación.....	846
3.- Dictamen de la Procuración General	847
4.- La solución del caso	848
16- CALDERON REARTE. 04-06-21.	858
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=636	858
Lex: Art. 119, 1° párrafo, 55, 119, 3° párrafo del CP.....	858
Vox: Abuso sexual simple. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal.....	858
Summa:	858
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	859
Fallo:	860
I.- Sentencia recurrida.....	860
II.- Recurso de casación.....	860
III.- Dictamen del señor Procurador General	861
IV.- La solución del caso.	861
SENTENCIA:	867
17- URETA NAVARRO. 23-06-21.	868
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=639	868
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 50 del CP.....	868
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Reincidencia.....	868
Summa:	868
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (ampliatorio). Valerio.	869
Fallo:	870

1.- Sentencia recurrida.....	870
2.- Recurso de casación.....	871
3.- Dictamen del señor Procurador General	871
4.- La solución del caso	872
SENTENCIA:	881
18- GONZALEZ PALACIOS. 28-06-21.	882
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=663	882
Lex: Arts. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo incs. d) y f) y 55 del CP.....	882
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Arma. Convivencia. Concurso real.	882
Summa:	882
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	883
Fallo:	884
1.- Sentencia recurrida.....	884
2.- Recurso de casación.....	885
3.- Dictamen del señor Procurador General	886
4.- La solución del caso	887
SENTENCIA:	895
19- SANCHEZ GUTIERREZ. 29-06-21.	896
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664	896
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo apartado b y f, 55 125, 3° párrafo del CP. Art. 13 inc b) y g) Ley 9040.....	896
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. Guarda. Convivencia. Delito continuado. Corrupción menor agravada por amenazas. Nulidad. No hay registro audio visual.	896
Summa:	896
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	897
Fallo:	898
I.- Sentencia recurrida.....	898
II.- Recurso de casación.....	899
III.- Dictamen del señor Procurador General	900
IV.- La solución del caso	900
SENTENCIA:	905
20- OLIVARES GOMEZ. 02-07-21.	906
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=665	906
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 420 y 474 inc. 1° y 2° del CPP.	906

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. JAI cuestionado. Domiciliaria. Juicio abreviado.	906
Summa:	906
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (licencia).	907
Fallo:	908
1.- La resolución recurrida	908
2.- El recurso de casación.....	909
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	909
4.- La solución del caso	910
SENTENCIA:	914
21- CHACON. 08-07-21.	915
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=641	915
Lex: Art. 119 ,3° y 4° párrafo inc. f del CP. art. 474 inc. 1 del CPP. CDN.	915
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Rechazo de prueba ofrecida por la defensa. Extrema prudencia al momento de evaluar la pertinencia del testimonio del menor. Violencia de género. EdeAAS. CAI.....	915
Summa:	915
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	915
Fallo:	916
I.- Sentencia recurrida.....	916
II.- Recurso de casación.....	916
III.- Dictamen del señor Procurador General	917
IV.- La solución del caso	917
SENTENCIA:	922
22- RODRIGUEZ GINESTRA. 08-07-21.	923
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642	923
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 172, 12, 55, 40 y 41 del CP. Art. 5.4.c de la Ley N° 26485. Art. 4 inciso c) del Dec. Regl. N° 1011/2010	923
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Pareja. Concurso real. Estafa. Violencia económica.....	923
Summa:	923
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	924
Fallo:	925
1.- Sentencia recurrida.....	925
2.- Recurso de casación.....	926

3.- Dictamen del Señor Procurador General.....	928
4.- La solución del caso	928
SENTENCIA:	940
23- ARAVENA. 08-07-21.	941
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=644	941
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	941
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Víctima mayor de edad.....	941
Summa:	941
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	942
Fallo:	943
I.- Sentencia recurrida.....	943
II.- Recurso de casación.....	943
III.- Dictamen del señor Procurador General	944
IV.- La solución del caso	945
SENTENCIA:	949
24- LUCERO ORTEGA. 08-07-21.	950
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=666	950
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. d y art. 55 del CP.....	950
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Arma. Concurso real. Número indeterminado de hechos. Testimonio de la menor. Violencia de género.....	950
Summa:	950
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	951
Fallo:	952
I.- La resolución recurrida	952
II.- El recurso de casación de la defensa	953
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	953
IV.- La solución del caso	954
SENTENCIA:	959
25- ZARATE CORIA. 29-07-21.	961
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=643	961
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párr. inc. b del CP.	961
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Víctima menor. Concurso real. Vínculo.	961
Summa:	961
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	962

Fallo:	963
I.- Sentencia recurrida.....	963
II.- Recurso de casación.....	963
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	964
IV.- La solución del caso.....	964
SENTENCIA:	967
26- BURGOS ARAYA. 25-08-21.	969
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=646	969
Lex: Arts. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° , 206 y 409 del CPP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Ley 26485. Ley 27499. Convención Belem Do Para.	969
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Concurso real. Valoración de la prueba. Calificación legal. Inducción de la declaración testimonial.	969
Summa:	969
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	970
Fallo:	971
1.- La sentencia recurrida.....	971
II.- El recurso de casación.....	972
III.- Dictamen del Procurador General.....	974
IV.- La solución del caso.....	975
SENTENCIA:	982
27- MOLINA COLODRO. 25-08-21.	983
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=652	983
Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo, 55 del CP. Art. 474 inc. 2° del CPP. Reglas de Brasilia. Acordada 24023.	983
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la Prueba. Consentimiento.	983
Summa:	983
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	984
Fallo:	985
1.- La resolución recurrida	985
2.- El recurso de casación.....	985
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	987
4.-La solución del caso	988
SENTENCIA:	998
28- CONTRERA ROBLEDO. 27-08-21.	999

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=649	999
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función del 89 y 80 incs. 1° y 11° del CP. Ley 24685. Art. 4 y 9 de la Convención Belem Do Pará.	999
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Absolución. Amenazas simples. Lesiones leves dolosas. Pareja. Víctima mayor. Nulidad.	999
Summa:	999
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia)	1001
Fallo:	1002
1.- La resolución recurrida	1002
2.- El recurso de casación.....	1003
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1005
4.-La solución del caso	1005
SENTENCIA:	1016
29- DIAZ CIMARELLI. 07-09-21.	1017
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=647	1017
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y f, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b y f del CP. Ley 26485.	1017
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple, con acceso carnal y gravemente ultrajante. Convivencia. Guarda. Número indeterminado de hechos. Doble protección jurídica. Calificación jurídica. Monto de la pena.....	1017
Summa:	1017
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1018
Fallo:	1019
I.- Sentencia recurrida.....	1019
II.- Recurso de casación.....	1020
III.- Dictamen del señor Procurador General	1020
IV.- La solución del caso	1021
SENTENCIA:	1024
30- GOMEZ GELADA. 17-09-21.	1025
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=586	1025
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 5° y 4° párrafo, inc. b y art. 55 CP. Art. 26 CP.	1025
Vox: NNA. Abuso sexual simple. Encargado de la educación. Imprudencia de condena de ejecución condicional. Prisión domiciliaria. Pena fundada.	1025
Summa:	1025
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1025
Fallo:	1026

1.- Sentencia recurrida.....	1026
2.- Recurso de casación.....	1026
3.- Dictamen del Procurador General	1027
4.- La solución del caso	1027
SENTENCIA:	1029
31- BLANCO SOSA. 27-09-21.	1030
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=587	1030
Lex: art. 119, 2° párrafo, 12, 29 inc. 3° del CP. Convención de Belem Do Pará. CADH. Art. 48 inc. d y 49 de ley 8465 de la Provincia de Mendoza.	1030
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Introducción de dedos. Valoración de la prueba. Declaración de la víctima. Perspectiva de género en la sentencia.....	1030
Summa:	1030
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	1031
Fallo:	1032
1.- Sentencia recurrida.....	1032
2.- Recurso de casación.....	1032
3.- Dictamen del Procurador General	1033
4.- La solución del caso	1033
SENTENCIA:	1040
32- MORALES CORNEJO. 22-03-21.	1041
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=592	1041
Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP. Ley 25087. Ley 27499 “Ley Micaela”. Acordada N° 29318 y su anexo. Ley 26485.	1041
Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Fellatio in ore. Ne bis in idem.....	1041
Summa:	1041
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	1042
Fallo:	1043
I.- La sentencia recurrida.....	1043
II.- El recurso de casación.....	1043
III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	1044
IV.- La solución del caso	1045
SENTENCIA:	1052
33- YANZON MAYORGA. 27-09-21.	1054
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=650	1054
Lex: Art. 119, 1° párrafo, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f) y 55 CP.	1054

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple y con acceso carnal. Convivencia. Número indeterminado. Concurso real. Ley aplicable.....	1054
Summa:	1054
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1055
Fallo:	1056
1.- Sentencia recurrida.....	1056
2.- Recurso de casación.....	1057
3.- Dictamen del señor Procurador General	1058
4.- La solución del caso	1058
SENTENCIA:	1065
34- GODOY FLORES. 29-09-21.	1066
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=610	1066
Lex: Art. 119, 1°, 4° y 5° del CP. Art. 353 inc. 4° del CPP. Art. 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 del CP. Ley 26705. Ley 27206. Art. 31 de la Constitución Nacional y arts. 48, 148 y 149 de la Constitución Provincial.	1066
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Abuso sexual simple agravado por la guarda. Prescripción de la acción. Sobreseimiento.....	1066
Summa:	1066
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1067
Fallo:	1068
1.- La resolución recurrida	1068
2.- El recurso de casación.....	1069
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1069
4.- La solución del caso	1070
SENTENCIA:	1074
35- CARRERA URIBE. 20-10-21.	1075
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=689	1075
Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo del CP. Art. 359 del CPP. Art. 495 incs. 4° y 6° del CPP. Arts. 8.2.a y 8.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CN. Constitución de Mendoza	1075
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. JAI cuestionado. Consentimiento. Recurso de revisión. Lenguaje claro.	1075
Summa:	1075
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1076
Fallo:	1077
1.- Sentencia recurrida.....	1077
2.- Recurso de revisión.....	1078

3.- Dictamen del señor Procurador General	1078
4.- La solución del caso	1079
SENTENCIA:	1083
36- LEAL MONTOYA. 05-11-21.	1085
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=669	1085
Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, arts. 62 inc. 2 y 67 inc. a párrafo 6° del CP. Leyes 26705 y 27206. Convención Belem Do Pará.....	1085
Vox: Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo. Arma. Prescripción de la acción.	1085
Summa:	1085
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia)..	1086
Fallo:	1087
1.- La resolución recurrida	1087
2.- El recurso de casación.....	1087
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1088
4.- La solución del caso	1088
SENTENCIA:	1093
37- MAMANI CALLA. 05-11-21.	1094
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211108_FcGBC.pdf	1094
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función 4° párrafo inc. b y 55 del CP. Convención de Belém Do Pará. CADH. PIDCyP. Arts. 1, 16 y 33 de la CN. Arts. 206 y 409 del CPP.	1094
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Vínculo. Fellatio in ore.	1094
Summa:	1094
SCJM: Dres. Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.....	1095
Fallo:	1096
1.- Sentencia recurrida.....	1096
2.- Recurso de casación.....	1097
3.- Dictamen del señor Procurador General	1099
4.- La solución del caso	1101
SENTENCIA:	1107
38- REDONDO ALTUNA. 05-11-21.	1108
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=693	1108
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función 5° párrafo y 4° párrafo inc. b, 26 del CP. Art. 391, 475, 477 y concordantes del CPP. Arts. 8.2 y 25 de la C.A.D.H. Convención de Belém Do Pará. CADH. PIDCyP.	1108

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Agravante por el vínculo. Condena de ejecución condicional. Tocamientos. Credibilidad del relato. Testimonio de un menor víctima.	1108
Summa:	1108
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	1110
Fallo:	1111
1.- La resolución recurrida	1111
2.- a- Recurso de casación de la defensa	1112
2.- b- Recurso de casación del representante de la querellante particular.....	1117
3- Dictamen del señor Procurador General	1119
4.- La solución del caso	1120
SENTENCIA:	1133
39- MOYANO RIOS. 09-11-21.	1134
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=686	1134
Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del art. 4° párrafo letra b, 55 del CP. Art. 206 y 416 inc. 4 del CPP. Ley 26485. Ley 26061. Art. 639 del CCyCN.	1134
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia.	1134
Summa:	1134
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	1135
Fallo:	1136
1.- Sentencia recurrida.....	1136
2.- Recurso de casación.....	1137
3.- Dictamen del señor Procurador General	1137
4.- La solución del caso	1137
SENTENCIA:	1144
40- KUMIKO KOSACA. 15-11-21.	1145
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcKK.pdf	1145
Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55 del CP. art. 295 inc. 4 punto b, 6, 280, 282, 283, 290 y 475 del CPP. Arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de CN, Arts. 7 y 8.2 de CADH, Arts. 9, 12 y 14 de PIDCyP, Arts. 1.3 de DUDH..	1145
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Medida cautelar. Prórroga de la Prisión preventiva.	1145
Summa:	1145
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dra. Miquel.....	1146
Fallo.....	1147
1.- La resolución recurrida	1147
2.- Los recursos de la defensa.....	1148
3.- Dictamen del señor Procurador General	1150

4.- La solución del caso	1151
SENTENCIA	1164
41- VILLEGAS CALABRETTO. 15-11-21.	1165
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=741	1165
Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55 CP. Art.155, 198, 279, 411, 416 del CPP. Art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Convención de Belem do Pará. Ley 26061.	1165
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima menor. Introducción de dedos. Nulidad. Evacuación de citas. Consentimiento.	1165
Summa:	1165
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1166
Fallo:	1167
1.- La resolución recurrida	1167
2.- Recurso de casación.....	1168
3.- Dictamen del señor Procurador General	1169
4.- La solución del caso	1170
SENTENCIA:	1188
42- TORRES SANCHEZ. 17-11-21.	1190
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=740	1190
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función 4° párrafo, inc. c) y f), art. 55 del CP.....	1190
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima menor. Convivencia. Transmisión de enfermedad sexual. Sífilis. Ausencia de lesiones genitales. Individualización de la pena.....	1190
Summa:	1190
SCJM. Dres.: Adaro. Llorente. Valerio (Licencia).	1191
Fallo:	1192
I.- La resolución recurrida	1192
II.- El recurso de casación de la defensa	1193
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1193
IV.- La solución del caso	1194
SENTENCIA:	1200
43- FELIPE HUANACO. 23-11-21.	1201
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=742	1201
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 150, 183, 92 en función del art. 89, 80 inc. 1° y 11° y 55 del CP. Art. 16 CN. Art. 7 Constitución de Mendoza. Ley 26485. Ley Micaela 27499. Acordada 29318.	1201
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Violación de domicilio. Daño. Lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo. Violencia de género. Concurso real. Valoración probatoria.....	1201

Summa:	1201
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1202
Fallo:	1203
1.- Sentencia recurrida.....	1203
2.- Recurso de casación.....	1204
3.- Dictamen del señor Procurador General	1204
4.- La solución del caso	1204
SENTENCIA:	1212
44- PEREYRA CABELLO. 23-11-21.	1213
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=747	1213
Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo inc. b del CP. Ley 25087. Ley 26485. Ley Micaela 27499. Acordada 29318.	1213
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Vínculo. Ascendiente. Concurso real. Violencia de género. Vínculo. Ascendiente.	1213
Summa:	1213
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	1214
1.- Sentencia recurrida.....	1215
2.- Recurso de casación.....	1215
3.- Dictamen del señor Procurador General	1216
4.- La solución del caso	1216
SENTENCIA:	1224
45- CAVIERES VIDELA y LEDEZMA PEREYRA. 30-11-21.	1225
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=744	1225
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y 45 y 46 del CP. Ley 26485. CDN. Belén Do Pará. CEDAW.....	1225
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Autor. Partícipe primaria. Vínculo. Encargado de la guarda. Testimonio de la víctima. Valoración de la prueba.....	1225
Summa:	1225
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	1226
Fallo:	1227
1.- Sentencia recurrida.....	1227
2.- Recurso de casación.....	1228
3.- Dictamen del señor Procurador General	1228
4.- La solución del caso	1229
46- VARGAS RIQUELME. 02-12-21.	1237

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743	1237
Lex: Art. 119, 1°, 2° y 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. f) y 55 del CP. Ley 26485. CDN. Belén Do Pará.....	1237
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Convivencia. Menor de 18 años. Concurso real.....	1237
Summa:	1237
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1238
Fallo:	1239
1. Sentencia recurrida.....	1239
2. Recurso de casación.....	1240
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1241
4.- La solución del caso.....	1242
SENTENCIA:.....	1251
47- BARROZO CAÑADAS. 06-12-21.	1252
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=750	1252
Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo, letra b y 55 del CP. Ley 24632. Acordada 24.023. Ley 26485.....	1252
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Concurso real. Inhabilitación especial para conducir transporte de pasajeros. Transporte escolar. Unificación de penas. Violencia de género. Valoración probatoria.	1252
Summa:	1252
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1253
Fallo:	1254
1.- La sentencia recurrida.....	1254
2.- El recurso de casación de la defensa de Miguel Ángel Barrozo Cañadas.....	1255
3.- Dictamen del Procurador General.....	1256
4.- La solución del caso.....	1256
SENTENCIA:.....	1261
48- HERRERA RIVERO. 06-12-21.	1262
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=752	1262
Lex: Art. 119, 1° y 4° párrafo inciso f, 119, 3° y 4° párrafo inciso f y 55 del CP. Ley 26.485.....	1262
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Convivencia. Concurso real. Violencia de género. Valoración probatoria.	1262
Summa:	1262
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1263
Fallo:	1264

1.- Sentencia recurrida.....	1264
2.- Recurso de casación.....	1265
3.- Dictamen del señor Procurador General	1266
4.- La solución del caso	1266
SENTENCIA:	1275
49- GODOY BATISTELLA. 13-12-21.	1276
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=746	1276
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y f, 29 inc. 3° y 55 del CP. Convención Belém do Pará. Convención Americana de Derechos Humanos.	1276
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Encargado de la guarda ...	1276
Summa:	1276
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente	1277
Fallo:	1278
1.- Sentencia recurrida.....	1278
2.- Recurso de casación.....	1279
3.- Dictamen del Procurador General	1279
4.- La solución del caso	1279
SENTENCIA:	1285
50- PEREZ JOSÉ ALBERTO. 14-12-21.	1286
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=745	1286
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. a, b y f, y art. 55 CP. Convención de los Derechos del Niño. Convención Americana de Derechos Humanos. Ley 26485.	1286
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Daño en la salud física y mental. SP portador de HIV . Convivencia. Encargado de la guarda.....	1286
Summa:	1286
SCJM. Dres.: Adaro.Valerio. Llorente.	1287
Fallo:	1288
1.- La sentencia recurrida.....	1288
2.- Recurso de casación.....	1289
3.- Dictamen del Procurador General	1290
4.- La solución del caso	1290
SENTENCIA:	1295
51- NAVARRO. 14-12-21.	1296
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=749	1296
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y f; 55; 12, 40 y 41 del CP.....	1296

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Vínculo. Convivencia.....	1296
Summa:	1296
SCJM. Dres.: Adaro .Valerio. Llorente.	1297
Fallo:	1298
1.- Sentencia recurrida.....	1298
2.- Recurso de casación.....	1299
3.- Dictamen del Procurador General	1299
4.- La solución del caso	1299
SENTENCIA:	1303
52- SOSA VELAQUEZ. 14-12-21.	1304
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=754	1304
Lex: Art. 119, 1°, 2°, 4° párrafo inc. d y f, 42 y 55 del CP.	1304
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Arma.....	1304
Summa:	1304
SCJM. Dres.: Adaro .Valerio. Llorente.	1305
Fallo:	1306
1.- Sentencia recurrida.....	1306
2.- Recurso de casación.....	1307
3.- Dictamen del señor Procurador General	1308
4.- La solución del caso	1308
SENTENCIA:	1313
53- FERNANDEZ GASPAR. 17-12-21.	1314
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=755	1314
Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función con el art. 119, 4° párrafo inc. b, art. 55 del CP. CDN. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26061. Ley 8928. Reglas de Acceso a la Justicia de Brasilia.....	1314
Vox: VG. A.S.I.. NNA. Abuso sexual. Asesora de NNA. JAI. Interés superior del niño. Prisión domiciliaria. Doctrina del «moot case».....	1314
Summa:	1314
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro (Licencia). Llorente.	1315
Fallo:	1316
1.- Las resoluciones recurridas.....	1316
2.- El recurso de casación de la defensa	1317
3.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Pupilar	1318
4.- Los dictámenes de la Procuración General.....	1321

5.- La solución del caso	1322
SENTENCIA:	1327
54- COLLADO. 27-12-21.	1328
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=774	1328
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP. Ley 27 352. CEDAW. Convención Belem Do Pará.	1328
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Prescripción. Valoración de la prueba. Calificación legal.....	1328
Summa:	1328
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1329
Fallo:	1330
1.- La resolución recurrida	1330
2.- El recurso de casación.....	1331
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1332
4.-La solución del caso	1333
SENTENCIA:	1338
55- LAGO PRIMA. 16-12-21	1339
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf	1339
Lex: Art. 119 1° y 3° párrafos en función de los incs. b y f y 3°, 55 CP. Arts. 8 y 25 CADH. Convención de Belém do Pará. Reglas de Brasilia.	1339
Vox: Abuso sexual. Víctima menor de edad. N.N.A. A.S.I.....	1339
Summa:	1339
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1340
Fallo:	1341
1.- La sentencia recurrida.....	1341
2.- Recurso de casación.....	1342
3.- Dictamen del Procurador General	1344
4.- La solución del caso	1344
SENTENCIA:	1355
56- CHARRON. 29-12-21.	1356
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcCP.pdf	1356
Lex: Art. 239, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, art. 142, inc. 1°, art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. d), y art. 55, 92 en función del art. 80 inc. 1° y 11°, 89, 149 bis, 2° párrafo del CP.....	1356
Vox: VG. Desobediencia a una orden de autoridad judicial. Amenazas agravadas. Arma. Privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Arma. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Pareja. Violencia de género. Amenazas coativas.	1356

Summa:	1356
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1357
Fallo:	1358
I.- Sentencia recurrida.....	1358
II.- Recurso de casación.....	1359
III.- Dictamen del Procurador General	1360
IV.- La solución del caso	1360
SENTENCIA:	1363
CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.	1365
1- DIAZ LOPEZ. 12-02-21.	1365
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210212_FcDiaz.pdf	1365
Lex: Art. 144 bis inc. 2° del CP. Ley 4087 y 9041. Ley 6722. Arts. 206 y 409 del CPP.	1365
Vox: Vejaciones. Legítima defensa. Policía. Funcionario Público. Inhabilitación especial.	1365
Summa:	1365
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Dra. Day.	1365
Fallo:	1366
1.- La resolución recurrida	1366
2.- Recurso de casación.....	1367
3.- Dictamen del señor Procurador General	1369
4.- La solución del caso	1370
SENTENCIA:	1381
2- ARJONA. 08-02-21.	1382
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_QuBR.pdf	1382
Lex: Art. 157 Bis inc. 2° del CP. Ley 26388. Ley 24557.	1382
Vox: Violación de secreto profesional.	1382
Summa:	1382
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1382
Fallo:	1383
I.- Sentencia recurrida.....	1383
II.- Recurso de casación.....	1383
III.- La solución del caso	1384
SENTENCIA:	1389
• 3- GALDAME. 22-02-21.	1391
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcGTJ.pdf	1391

Lex: Art. 142 inc. 2° en función del art. 141, 119, 3° párrafo en función del 1° párrafo, 55, 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Belem Do Pará. Ley 26485. Ley 27499. Ac. 29318.	1391
Vox: VG. Privación ilegítima de la libertad agravada. Abuso sexual agravado por el acceso carnal. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Violencia de género.....	1391
Summa:	1391
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1392
Fallo:	1393
1.- Sentencia recurrida.....	1393
2.- Recurso de casación.....	1395
3.- Dictamen del señor Procurador General	1395
4.- La solución del caso	1396
SENTENCIA:	1403
• 4- DONOSO AGUILERA. 01-03-21.	1404
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf	1404
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis, 2° párrafo, 239, 62 inc. 2°, 67, 6° párrafo, inc. d y e del CP. Ley 26485.	1404
Vox: VG. Amenazas coactivas. Amenazas simples. Resistencia a la autoridad. Desobediencia. Prescripción de la acción. Causal interruptiva. Valoración de la prueba. Conversaciones telefónicas. Reglas de Mallorca.	1404
Summa:	1404
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1405
Fallo:	1406
1.- La resolución recurrida	1406
2.- Recurso de casación.....	1407
3.- Dictamen del señor Procurador General	1409
4.- La solución del caso	1410
SENTENCIA:	1421
• 5- MORENO. 31-03-21.	1422
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210331_FcMAH.pdf	1422
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239 y 55 del CP. Ley 26485.	1422
Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Concurso Real. Violencia de género. Ciclo de la violencia... 1422	1422
Summa:	1422
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1423
Fallo:	1424
1.- Resolución recurrida	1424

2.- Recurso de casación.....	1424
3.- Dictamen del señor Procurador General	1425
4.- La solución del caso	1425
SENTENCIA:	1430
• 6- NAVARRETE. 20-04-21.	1431
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210120_FcNCA.pdf	1431
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Ley 26485.....	1431
Vox: VG. Amenazas coactivas. Valoración de la prueba. Amplia libertad probatoria	1431
Summa:	1431
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1432
Fallo	1433
I.- Sentencia recurrida.....	1433
II.- Recurso de casación.....	1433
III.- Dictamen del Procurador General	1434
IV.- La solución del caso	1434
SENTENCIA:	1439
• 7- SOSA QUIROGA. 14-04-21.	1440
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210414_FcSQR.pdf	1440
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 26 del CP. Ley 26485. Ley 27499.....	1440
Vox: VG. Amenazas simples. Amenazas agravadas. Arma de fuego. Valoración de la prueba.	1440
Summa:	1440
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1441
Fallo:	1442
I.- La sentencia recurrida.....	1442
II.- El recurso de casación.....	1443
III.- Dictamen del señor Procurador General	1443
IV.- La solución del caso	1444
SENTENCIA:	1450
• 8- ALONSO SANTILLAN. 07-06-21.	1451
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210607_FcAJM.pdf	1451
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 13 del C.P. Arts. 295 inc. 3°, 359 y 474 inc. 2° del CPP. 1451	
Vox: Amenazas agravadas. Arma. Juicio abreviado inicial. Cese de prisión preventiva. Libertad condicional. JAI cuestionado.....	1451
Summa:	1451

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1451
Fallo:	1452
1.- La resolución recurrida	1452
2.- El recurso de casación.....	1453
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1454
4.- La solución del caso	1454
SENTENCIA:	1457
• 9- GIMENEZ. 23-06-21.	1458
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcGMI.pdf	1458
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 183, 55 del CP. Art. 4 Ley 24685. Art. 474 incs. 1° y 2° del C.P.P.	1458
Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Concurso real. Daño simple. Análisis del contexto de perspectiva de género.	1458
Summa:	1458
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1459
Fallo:	1460
1.- Sentencia recurrida.....	1460
2.- Recurso de casación.....	1461
3.- Dictamen del señor Procurador General	1462
4.- La solución del caso	1462
• 10- FUNES SOLORZA. 08-07-21.	1472
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcFSG.pdf	1472
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.	1472
Vox: Amenazas. Valoración de la prueba.	1472
Summa:	1472
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1472
Fallo:	1473
1.- Sentencia recurrida.....	1473
2.- Recurso de casación y de Inconstitucionalidad.	1473
3.- Dictamen del Procurador General	1474
4.- La solución del caso	1474
SENTENCIA:	1477
• 11- CHICA SIERRA. 25-08-21.	1478
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcCSE.pdf	1478
Lex: Art. 142 inciso 1° del CP. Art. 474 incisos 1° y 2° del CPP.....	1478

Vox: VG. Privación ilegítima de la libertad. Valoración integral de la prueba. Perspectiva de género. Nulidad de la sentencia.....	1478
Summa:	1478
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1480
Fallo:	1481
1.- La resolución recurrida	1481
2.- El recurso de casación.....	1481
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1483
4.- La solución del caso	1483
SENTENCIA:	1491
• 12- JOSE. C.A. 23-08-21.	1492
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210823_FcJCA.pdf	1492
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP	1492
Vox: VG. Amenazas coactivas. Violencia de Género. Valoración de la Prueba. Ejecución Condicional.	1492
Summa:	1492
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1492
Fallo:	1493
I.- Sentencia recurrida.....	1493
II.- Recurso de casación.....	1493
III.- Dictamen del señor Procurador General	1494
IV.- La solución del caso	1494
SENTENCIA:	1497
• 13- LUCERO MARAVILLA. 02-09-21.	1498
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210902_FcLMC.pdf	1498
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 26, 27 bis del CP. Ley 26485. CEDAW. Ley 27499. Art. 26 de la Ley 26485. Art. 7, inc. d) de la Convención Belem Do Para. Art. 108 del CPP. Código Procesal de Familia y Violencia Familiar.....	1498
Vox: VG. Amenazas simples. Ejecución condicional. Reglas de conducta. Prohibición de acercamiento. Medidas de protección. Medida autónoma. Medidas preventivas urgentes. Reformatio in peius.	1498
Summa:	1498
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Disidencia parcial). Adaro (Disidencia parcial).	1499
Fallo:	1500
1.- Resolución recurrida	1500

2.- Recurso de casación.....	1500
3.- Dictamen del señor Procurador General	1501
4.- La solución del caso	1501
SENTENCIA:	1512
• 14- GONZALEZ MUÑOZ. 02-09-21.	1513
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210902_FcGMF.pdf	1513
Lex: Art. 119, 3° párrafo; 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto; 149 bis, 2° párrafo y 55 CP. Ley 26485. Convención Belem do Pará.	1513
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas agravadas. Armas. Coacciones. Violencia de género. Principio de congruencia. Derecho de defensa.	1513
Summa:	1513
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1514
Fallo:	1515
I.- Sentencia recurrida.....	1515
II.- Recurso de casación.....	1516
III.- Dictamen del señor Procurador General	1516
IV.- La solución del caso	1517
SENTENCIA:	1526
• 15- AGUERO. 15-09-21.	1527
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf	1527
Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°; 55, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 10 del CP.	1527
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Amenazas agravadas. Arma. Privación ilegítima de la libertad. Detención domiciliaria.	1527
Summa:	1527
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (licencia).	1527
• 16- URRUTIA. 16-09-21.	1528
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcUMM.pdf	1528
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239, 55, 26 del CP. Art. 403 del CPP.....	1528
Vox: Amenazas simples. Desobediencia. Delito continuado. Concurso real.....	1528
Summa:	1528
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia) Valerio.	1530
Fallo:	1531
1.- Sentencia recurrida.....	1531
2.- Recurso de casación.....	1532

3.- Dictamen del Procurador General	1532
4.- La solución del caso	1532
SENTENCIA:	1539
• 17- SUAREZ ROBLES. 18-10-21.	1540
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211018_FcSRJ.pdf	1540
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 189 bis inc. 2, 1° párrafo, 40 y 41 del CP. Art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Art. 160 de la CN.	1540
Vox: Amenazas. Tenencia de arma de fuego de uso civil. Individualización de la pena.	1540
Summa:	1540
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro. (Licencia)	1540
Fallo:	1541
1.- La sentencia recurrida.....	1541
2.- El recurso de casación.....	1542
3.- Dictamen del señor Procurador General	1542
4.- La solución del caso	1543
SENTENCIA:	1544
• 18- LLANES. 02-11-21.	1546
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211102_FcLRJ.pdf	1546
Lex: Art. 162, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.	1546
Vox: Hurto simple. Amenazas simples. Valoración de la prueba.	1546
Summa:	1546
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1546
• 19- GONZALEZ BRIZUELA. 08-11-21.	1547
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211108_FcGBC.pdf	1547
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 26485.	1547
Vox: VG. Amenazas agravadas. Arma.	1547
Summa:	1547
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1548
Fallo:	1549
1.- Sentencia recurrida.....	1549
2.- Recurso de casación.....	1550
3.- Dictamen del señor Procurador General	1550
4.- La solución del caso	1550
SENTENCIA:	1557

20- GONZALEZ RICARDO. 09-11-21.	1558
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcGR.pdf	1558
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485.	1558
Vox: VG. Amenazas simples. Concurso real. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género.	1558
Summa:	1558
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1558
Fallo:	1559
I.- Sentencia recurrida.....	1559
II.- Recurso de casación.....	1560
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	1561
IV.- La solución del caso.....	1561
SENTENCIA.....	1571
CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.	1573
1- RODRIGUEZ CEJAS y ot.. 08-02-21	1573
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=466	1573
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1 párrafo., 1 supuesto, 10 del CP. Art. 298; 474 inc. 1 y 2 y 475 del CPP. Art. 32 y 33 de la Ley 24660 y art. 48 de la Ley 8645.	1573
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Prisión Domiciliaria. Acuerdo Institucional. Valoración de la Prueba. Vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad y pro homine. Inobservancia del principio del debido proceso penal. Credibilidad de testimonios. Insuficiencia en la controversia de la prueba de cargo.	1573
Summa:	1573
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.....	1574
Fallo:	1575
I.- Las resoluciones recurridas.....	1575
II.- Los recursos de casación de la defensa.....	1576
III.- Los dictámenes del señor Procurador General.....	1577
IV.- La solución del caso.....	1577
SENTENCIA:.....	1581
2- VIOLA ROJAS. 22-02-21	1583
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcViola.pdf	1583
Lex: Art. 162 del CP. Art. 392, 414 del CPP.	1583
Vox: Hurto simple. Contrato verbal de depósito. Hecho diverso. Calificación legal. Absolución. Falta de acusación fiscal.	1583

Summa:	1583
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1583
Fallo:	1584
1.- Sentencia recurrida.....	1584
2.- Recurso de casación.....	1585
3.- Dictamen del señor Procurador General	1585
4.- La solución del caso	1585
SENTENCIA:	1587
3- MIRANDA ROMERO. 24-02-21	1589
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=532	1589
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2 y 54 del CP.....	1589
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Unidad de la prueba. ...	1589
Summa:	1589
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1589
Fallo:	1590
1.- Resolución recurrida	1590
2.- Recurso de casación.....	1591
3.- Dictamen del señor Procurador General	1591
4.- La solución del caso	1591
SENTENCIA:	1593
4- ORTIZ QUIROGA y ot.. 09-03-21	1595
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=533	1595
Lex: Art. 166, inc. 2°, 239, 89, 92, 80 inc.1° y 11°, 54, 45 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55, 94 del CP. Ley 26485.....	1595
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Arma de fuego apta. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real Amenazas simples. Lesiones leves culposas.....	1595
Summa:	1595
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1595
Fallo:	1596
1.- Sentencia recurrida.....	1596
2.- Recurso de casación.....	1597
3.- Dictamen del señor Procurador General	1597
4.- La solución del caso	1597
SENTENCIA:	1599

5- GINI HERNANDEZ GISELA. 22-03-21	1601
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=535	1601
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.....	1601
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Calificación legal. Valoración de la prueba. Imparcialidad.	1601
Summa:	1601
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1601
Fallo:	1602
I.- La sentencia recurrida.....	1602
II.- El recurso de casación.....	1602
III.- Dictamen del Procurador General	1603
IV.- La solución del caso	1604
SENTENCIA:	1605
6- MORA ONTIVEROS. 26-03-21	1606
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=536	1606
Lex: Art. 167, inc. 2° del CP.	1606
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Unidad de la prueba.	1606
Summa:	1606
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1606
Fallo:	1607
1.- Resolución recurrida	1607
2.- Recurso de casación.....	1608
3.- Dictamen del señor Procurador General	1608
4.- La solución del caso	1608
SENTENCIA	1610
7- ROQUE ACEVEDO. 15-04-21	1611
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=523	1611
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 183 y 55 del CP... 1611	1611
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Amenazas agravadas. Daño simple. Absolución. Conducta atípica. Tipicidad subjetiva. Tipicidad objetiva. Insignificancia. Acto jurisdiccional.	1611
Summa:	1611
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Disidencia). Adaro	1612
Fallo:	1613
I-- La sentencia recurrida	1613
II.- El recurso de casación.....	1614
III.- Dictamen del Procurador General	1615

IV.- Solución del caso	1615
SENTENCIA:	1620
8- QUEVEDO ASTUDILLO. 15-04-21	1621
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537	1621
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 42 y 44 del CP. Art. 359, 418, 474 inc. 1 del CPP ...	1621
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. JAI cuestionado.	1621
Summa:	1621
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1622
Fallo:	1623
1.- La resolución recurrida	1623
2.- El recurso de casación.....	1624
3.- El dictamen del Procurador General subrogante	1624
4.- La solución del caso	1625
SENTENCIA:	1628
9- BRIZUELA VALDERRAMA y ot. 20-04-21.	1629
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=539	1629
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2° e inc. 4 en función del art. 163 inc. 4°; 54 del CP. Art. 76 ter del CP.....	1629
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Escalamiento. Concurso real. Valoración de la prueba. Credibilidad del testimonio. Revocación de SJP.	1629
Summa:	1629
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1629
Fallo:	1630
I.- Sentencia recurrida.....	1630
II.- Recurso de casación.....	1631
III.- Dictamen del señor Procurador General	1633
IV- La solución del caso	1633
SENTENCIA:	1638
10- PACHECO CASTRO. 17-05-21.	1639
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=609	1639
Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1°, 55, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, 166, inc.1°, inc. 2°, 1° párrafo, primer supuesto del CP	1639
Vox: Lesiones leves dolosas. VG. Amenazas simples. Robo agravado. Arma impropia. Lesiones. Valoración de la prueba. Codominio del hecho.....	1639
Summa:	1639

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1639
Fallo:	1640
1.- Sentencia recurrida.....	1640
2.- Recurso de casación.....	1641
3.- Dictamen del señor Procurador General Subrogante	1642
4.- La solución del caso	1642
SENTENCIA:	1645
11- ABALLAY LOPEZ. 18-05-21.....	1646
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=541	1646
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 163 inc. 4° en función del art. 42 CP	1646
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Hurto agravado. Escalamiento. Tentativa. Valoración de la prueba. Revisión ex novo.....	1646
Summa:	1646
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1646
Fallo:	1647
1.- Resolución recurrida	1647
2.- Recurso de casación.....	1648
3.- Dictamen del señor Procurador General	1649
4.- La solución del caso	1649
SENTENCIA:	1652
12- CESPEDES. 19-05-21.....	1653
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf	1653
Lex: Art. 164, 167 inc. 2°, 162, 55, 50, 14 del CP. 28, 75 inc. 12° y 22° de la CN, arts. 2 y 7.5 de la CADH y arts. 1, 10, 11, 21 y 22 de la Constitución Provincial.....	1653
Vox: Robo simple. Concurso real. Robo agravado. Poblado y banda. Hurto simple. Revisión. In pauperis. JAI cuestionado. Inconstitucionalidad del art. 14 del CP.	1653
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1653
Fallo:	1654
1.- La sentencia recurrida.....	1654
II.- El recurso de revisión.....	1655
III. Dictamen del Procurador General	1656
IV. La solución del caso	1657
SENTENCIA:	1658
13- RODRIGUEZ ANDREA. 19-05-21	1660
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=543	1660

Lex: Art. 166 inc. 2° 1° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP	1660
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Doble instancia. Revisión ex novo. Unidad de la prueba. Acto jurisdiccional válido.....	1660
Summa:	1660
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1661
Fallo:	1662
1.- La resolución recurrida	1662
2.- El recurso de casación.....	1663
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1664
4.- La solución del caso	1665
SENTENCIA:	1670
14- GOMEZ. 08-06-21	1671
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=568	1671
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP	1671
Vox: Robo Agravado. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Valoración de la prueba.	1671
Summa:	1671
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1671
Fallo:	1672
1.- La sentencia recurrida.....	1672
II.- El recurso de casación.....	1672
III.- Dictamen de la Procuración General	1673
IV.- La solución del caso	1674
SENTENCIA:	1676
15- OROZ MACEDO. 23-06-21.	1677
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=552	1677
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo; 183, 150, 55, 58 del CP.	1677
Vox: Robo. Arma impropia. Unificación de pena. Inhabilitación absoluta. Cómputo de pena. Método compositivo vs. Método aritmético -suma aritmética-. Falta de método estipulado en el CP. Reedición de fundamentos manifestados de la audiencia. Unificación de condena.	1677
Summa:	1677
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1679
Fallo:	1680
1.- Sentencia recurrida.....	1680
2.- Recurso de casación.....	1681

3.- Dictamen del señor Procurador General	1681
4.- La solución del caso	1681
SENTENCIA	1684
16- BORDON GUTIERREZ. 25-06-21.	1686
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=521	1686
Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo ,1° supuesto del CP. Art. 399 del CPP. Art. 75 inc. 22° CN. Art. 26 DADH. Art. 10 DUDH. Art. 8.1. CADH. Art. 14.1. PIDCP.	1686
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Arma sin aptitud. Sistema acusatorio adversarial. Participación activa del Juez en los interrogatorios. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad.	1686
Summa:	1686
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1687
Fallo:	1688
1.- La resolución recurrida	1688
2.- El recurso de casación.....	1689
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1690
4.- La solución del caso	1690
SENTENCIA:	1698
15. APAULAZA. 25-06-21.	1699
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcApaulaza.pdf	1699
Lex: Art. 162, 23 del CP.	1699
Vox: Hurto simple. Decomiso.	1699
Summa:	1699
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1699
Fallo:	1700
1.- Sentencia recurrida.....	1700
2.- Recurso de casación.....	1700
3.- Dictamen del señor Procurador General	1701
4.- La solución del caso	1701
SENTENCIA:	1702
16. CURIA BRUERA. 01-07-21.	1703
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=545	1703
Lex: Art. 164 y 42; 40; 41; 58 del CP.	1703
Vox: Robo simple. Tentativa. Unificación. Método compositivo. Método aritmético. Fundamentación.	1703

Summa:	1703
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia)	1704
Fallo:	1705
1.- La resolución recurrida	1705
2.- El recurso de casación.....	1706
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1707
4.- La solución del caso	1708
SENTENCIA:	1716
17- PRIETO FRANCO y ot. 08-07-21.	1717
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=538	1717
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 295 359 y 418 del CPP.	1717
Vox: Robo. Arma impropia. JAI. Declaraciones espontáneas del imputado. Partícipe necesario. Participación. Valoración de la prueba.	1717
Summa:	1717
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia parcial)	1718
Fallo:	1719
I.- La resolución recurrida	1719
II.- El recurso de casación de la defensa	1720
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1721
IV.- La solución del caso	1721
SENTENCIA:	1734
18- PRATO SANCHEZ. 28-07-21.	1735
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210728_FcPrato.pdf	1735
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 25882.	1735
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Calificación legal. Arma no habida.	1735
Summa:	1735
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	1735
Fallo:	1736
I.- Sentencia recurrida.....	1736
II.- Recurso de casación.....	1737
III.- Dictamen del señor Procurador General	1737
IV.- La solución del caso	1737
SENTENCIA:	1739
19- GUERRA MORA. 29-07-21.	1741
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf	1741

Lex: Art. 164, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 474 inc. 2 del CPP.....	1741
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Legítima Defensa. Consumación del robo. Disponibilidad del bien. Momento consumativo.....	1741
Summa:	1741
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia parcial).....	1742
Fallo:	1743
I.- Sentencia recurrida.....	1743
II.- Recurso de casación.....	1743
III.- Dictamen del señor Procurador General	1744
IV.- La solución del caso	1744
SENTENCIA:	1749
20- CAPITANI MARTINEZ. 19-08-21.	1750
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=555	1750
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto;166, inc. 2°, 3° párrafo ,1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP	1750
Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Videofilmación. Informe técnico.	1750
Summa:	1750
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1750
Fallo:	1751
I.- Sentencia recurrida.....	1751
II.- Recurso de casación.....	1752
III.- Dictamen del señor Procurador General	1752
IV.- La solución del caso	1753
SENTENCIA:	1755
21- PASTEN ROJAS. 25-08-21.	1756
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=546	1756
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.....	1756
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración probatoria. Violencia de género.	1756
Summa:	1756
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1757
Fallo:	1758
1.- Resolución recurrida	1758
2.- Recurso de casación.....	1758
3.- Dictamen del señor Procurador General	1759

4.- La solución del caso	1759
SENTENCIA:	1763
22- SEGURA MUÑOZ. 25-08-21.	1764
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=548	1764
Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 41 quarter del CP.....	1764
Vox: Robo agravado. Arma de utilería. Participación de un menor. Momento consumativo. Tentativa. Valoración probatoria. Reconocimiento en rueda negativo.....	1764
Summa:	1764
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia parcial).....	1765
Fallo:	1766
I.- Sentencia recurrida.....	1766
II.- Recurso de casación.....	1766
III.- Dictamen del Procurador General	1767
IV.- La solución del caso	1767
SENTENCIA:	1771
23- FERNANDEZ ROSALES. 30-08-21	1773
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=560	1773
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° supuesto, 42, 54, 167 inc. 2, 104, 1° párrafo, 55, 79, 41 bis y 80 incs. 7° y 8° del CP. Art. 495 incisos 1 y 4 del CPP.	1773
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Tentativa. Poblado y banda. Abuso de arma. Homicidio agravado por ser cometido contra un Miembro de las Fuerzas de Seguridad. Homicidio criminis causa. Tentativa. Juicio Abreviado. JAI cuestionado. Recurso de revisión. Coimputados.....	1773
Summa:	1773
SCJM. Dres.: Day, Llorente. Gómez.	1774
Fallo:	1775
1.- La sentencia recurrida.....	1775
2.- El recurso de revisión interpuesto por la defensa de Pablo Andrés Bustos Borda	1775
3.- Dictamen del señor Procurador General	1776
4.- La solución del caso	1777
SENTENCIA:	1781
24- ORTUBIA VILLEGAS. 02-09-21.	1783
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=510	1783
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP.....	1783
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Absolución. Reconocimiento en rueda positivo. Valoración de la prueba.	1783

Summa:	1783
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (disidencia). Adaro (disidencia).	1783
Fallo:	1784
1.- Sentencia recurrida.....	1784
2.- Recurso de casación.....	1785
3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General.....	1785
4.- La solución del caso	1785
SENTENCIA:	1789
25- SOSA, ESTALLES. 08-09-21.	1790
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=561	1790
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 164 del CP. art. 474 del CPP.	1790
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Motivación de la sentencia. Calificación legal.....	1790
Summa:	1790
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1790
Fallo:	1791
1.- Sentencia recurrida.....	1791
2.- El recurso de casación.....	1792
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1793
4.- La solución del caso	1793
SENTENCIA:	1799
26- PAZ RIPORTELLA y ot. 15-09-21.	1800
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=557	1800
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo ,1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP	1800
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Concurso aparente de leyes.	1800
Summa:	1800
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1800
Fallo:	1801
1.- Sentencia recurrida.....	1801
2.- Recurso de casación.....	1802
3.- Dictamen del señor Procurador General	1802
4.- La solución del caso	1802

SENTENCIA:	1805
27- VARGAS CABRERA. 15-09-21.	1806
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcVargas.pdf	1806
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 41 quarter, 89; 55, 167, inc. 2°, 104 del CP. Art. 400 inc. 1° del CPP.	1806
Vox: Robo. Arma de Fuego. Participación de Menor. Lesiones leves dolosas. Poblado y banda. Abuso de armas. Concurso real. Lectura de declaración testimonial. Incorporación por lectura. Derecho de defensa.....	1806
Summa:	1806
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1807
Fallo:	1808
1.- Sentencia recurrida.....	1808
2.- Recurso de casación.....	1809
3.- Dictamen del señor Procurador General	1809
4.- La solución del caso	1810
SENTENCIA:	1812
28- LUCERO GOMEZ. 27-09-21.	1814
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=534	1814
Lex: Art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6° del CP. Art. 2, 414 del CPP.....	1814
Vox: Robo agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Absolución. Beneficio de la duda. Recurso de casación. Unidad de la prueba. Nulidad del debate.	1814
Summa:	1814
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1814
Fallo:	1815
1.- Resolución recurrida	1815
2.- Recurso de casación.....	1815
3.- Dictamen del señor Procurador General	1816
4.- La solución del caso	1816
SENTENCIA:	1819
29- LENA LACOSTE. 30-09-21.	1820
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=528	1820
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 2, 414 del CPP.	1820
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma blanca. Absolución. Beneficio de la duda. Recurso de Casación. Nulidad del debate. Nulidad de la sentencia. Acta jurisdiccional válido. Sana crítica racional. Unidad de la prueba.....	1820
Summa:	1820

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1820
Fallo:	1821
1.- Sentencia recurrida.....	1821
2.- Recurso de casación.....	1821
3.- Dictamen del señor Procurador General	1823
4.- La solución del caso	1823
SENTENCIA:	1827
30- CORONEL MONTENEGRO y ots. 06-10-21.	1828
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211006_FcCoronel.pdf	1828
Lex: Art. 167, inc. 2° del CP. Art. 2, 414, 392 del CPP.	1828
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Declaración espontánea del imputado en el acta de procedimiento. Valoración de la prueba. Absolución. Beneficio de la duda. Hecho diverso.....	1828
Summa:	1828
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro	1829
Fallo:	1830
1.- La resolución recurrida	1830
2.- El recurso de casación.....	1831
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1832
4.- La solución del caso	1832
SENTENCIA:	1837
31- ARRIGA. 13-10-21.	1838
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=676	1838
Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP, 55 239, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 40, 41 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 16 y 31 de la Ley 26485.	1838
Vox: VG. Robo agravado. Arma no habida. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso real. Desobediencia. Amenazas simples. Violencia de género. Valoración de la prueba. Monto de la pena.	1838
Summa:	1838
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1839
Fallo:	1840
1.- La resolución recurrida	1840
2. El recurso de casación.....	1841
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1842
4.- La solución del caso	1842
SENTENCIA:	1851

32- CHAVEZ y ot. 14-10-21.	1853
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670	1853
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 167, inc. 2°, 54 del CP. Acordadas N° 29517 y 29530. Res. y N° 49 y 50 de la SCJM.	1853
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Calificación legal. Concurso aparente de leyes. Debate en sala virtual. Emergencia sanitaria.	1853
Summa:	1853
SCJM. Dres.: Valerio . Llorente. Adaro (Licencia).	1854
Fallo:	1855
1.- Sentencia recurrida.....	1855
2.- Recurso de casación.....	1856
3.- Dictamen del señor Procurador General Subrogante	1857
4.- La solución del caso	1858
SENTENCIA:	1861
33- PRIETO VALENZUELA y ot. 20-10-21.	1863
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=671	1863
Lex: Art. 167, inc. 2° del CP. Art. 495, 359, 418 del CPP	1863
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. JAI cuestionado. Lenguaje claro	1863
Summa:	1863
SCJM. Dres.: Valerio . Llorente. Adaro (Licencia).	1864
Fallo:	1865
1.- Sentencia recurrida.....	1865
2.- Recurso de revisión.....	1865
3.- Dictamen del señor Procurador General	1866
4.- La solución del caso	1866
SENTENCIA:	1871
34- ARANDA MOYANO. ALANIZ LOPEZ. 25-10-21.	1872
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=690	1872
Lex: Art. 80, inc. 7°; 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP.	1872
Vox: Homicidio. Criminis causa. Tentativa. Valoración probatoria. Arma de fuego.	1872
Summa:	1872
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Llorente.	1872
35- LLANES RAMOS. 02-11-21.	1873
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211102_FcLRJ.pdf	1873
Lex: Art. 162, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.	1873

Vox: Hurto simple. Amenazas simples. Valoración de la prueba.	1873
Summa:	1873
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1873
I.- Sentencia recurrida.....	1874
II.- Recurso de casación.....	1875
III.- Dictamen del señor Procurador General	1876
IV.- La solución del caso	1877
SENTENCIA:	1880
36- ESCALANTE CAMARGO. 02-11-21.	1881
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=673	1881
Lex: Art. 166 inc. 2° párrafo 3, 166 inc. 2, párrafo primero, supuesto 1°, 167 inc. 2° del CP. Art. 474 inc. 2°. Art. 2 del CPP. Art. 18 CN.....	1881
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y Banda. Concurso ideal.	1881
Summa:	1881
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	1882
Fallo:	1883
1.- Sentencia recurrida.....	1883
2. Recurso de inconstitucionalidad y de casación de la defensa	1884
3.- Dictamen del Procurador General	1884
4.- La solución del caso	1885
SENTENCIA:	1890
37- CARMONA LUJAN. 08-11-21.	1891
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=677	1891
Lex: Art. 164, 42, 50, 58 del CP. Art. 474 del CPP	1891
Vox: Robo simple. Tentativa. Individualización de la pena. Unificación de penas. Método aritmético. Método compositivo.	1891
Summa:	1891
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	1891
Fallo:	1892
1.- La sentencia recurrida.....	1892
2.- El recurso de casación de la defensa de José Gabriel Carmona Luján.....	1892
3.- Dictamen del Procurador General	1893
4.- La solución del caso	1893
SENTENCIA:	1896

38- MARTINEZ. 05-11-21.	1897
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=679	1897
Lex: Art. 163 inc. 6° del CP. art. 477, 455 del CPP. Art. 18 de la CN. art. 1 del Anexo de la Ac. N° 29051	1897
Vox: Hurto agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Daño con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones. Daño agravado por ser cometido sobre objetos ubicados en lugares públicos. Interposición del recurso casatorio. Formalidades para interposición de recursos. Inadmisibilidad. Consentimiento válido en el juicio abreviado. JAI cuestionado. Compulsa. Colegio de Abogados.....	1897
Summa:	1897
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	1897
Fallo:	1898
1.- Sentencia recurrida.....	1898
2.- Recurso de casación.....	1899
3.- Audiencia de informe oral	1899
4.- Dictamen del señor Procurador General	1899
5.- La solución del caso	1899
SENTENCIA:	1903
39- CARRIZO PALLERO. 09-11-21.	1904
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=675	1904
Lex: Art. 164 del CP.	1904
Vox: Robo simple. Consumación. Tentativa. Momento consumativo. Cambio de calificación.	1904
Summa:	1904
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1904
Fallo:	1905
1.- Sentencia recurrida.....	1905
2.- Recurso de casación.....	1906
3.- Dictamen del señor Procurador General	1907
4.- La solución del caso	1907
SENTENCIA:	1910
40- HERRERA. 10-11-21.	1911
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=713	1911
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP.	1911
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. Reconocimiento en rueda positivo.	1911
Summa:	1911

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1911
Fallo:	1912
I.- Sentencia recurrida.....	1912
II.- Recurso de casación.....	1912
III.- Dictamen del Procurador General	1913
IV.- La solución del caso	1913
SENTENCIA:	1915
41- PONCE GIMENEZ. 15-12-21.	1916
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=718	1916
Lex: Arts. 164 y 149 bis, 2° párrafo del CP y Arts. 414, 415, 474 y 475 del CPP. Ley 9040.	1916
Vox: Robo simple. Amenazas Coactivas. Fundamento oral de sentencias. Motivación insuficiente de la sentencia. Nulidad. Nuevo debate.	1916
Summa:	1916
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1917
Fallo:	1918
1.- La resolución recurrida	1918
2.- El recurso de casación.....	1919
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1920
4.- La solución del caso	1920
SENTENCIA:	1926
42- ABREGO CELIS. 15-12-21.	1928
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=715	1928
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP y Art. 474 inciso 2° del CPP.	1928
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Autoría.	1928
Summa:	1928
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	1928
Fallo:	1929
I.- Sentencia recurrida.....	1929
II.- Recurso de casación.....	1929
III.- Dictamen del señor Procurador General	1930
IV.- La solución del caso	1931
SENTENCIA:	1934
43- ASTUDILLO SALAS. 17-12-21	1935
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=716	1935
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, arts. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 42, 55 del CP	1935

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Arma no habida. Tentativa. Concurso real. Determinación de la pena.....	1935
Summa:	1935
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1936
Fallo:	1937
1.- Sentencia recurrida.....	1937
2.- Recurso de casación.....	1938
3.- Dictamen del señor Procurador General	1939
4.- La solución del caso	1939
SENTENCIA:	1942
44- SOTO ENRIQUE. 17-12-21.	1943
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211217_FcSEA.pdf	1943
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 104, 183, 277inc. 1 letra c, 55 del CP.....	1943
Vox: Robo Agravado. Arma impropia. Abuso de Arma. Daño. Encubrimiento. Derecho de Defensa. Defensor de confianza. Nulidad.....	1943
Summa:	1943
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1944
Fallo:	1945
1.- Sentencia recurrida.....	1945
2.- Recurso de casación.....	1946
3.- Dictamen del señor Procurador General	1952
4.- La solución del caso	1953
SENTENCIA:	1961
45- CESPEDES CHIRINO y ots. 29-12-21.	1962
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcCCG.pdf	1962
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto; 167, inc. 2°; y 54 CP	1962
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Credibilidad del relato.....	1962
Summa:	1962
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1962
Fallo:	1963
I.- Sentencia recurrida.....	1963
II.- Recurso de casación.....	1964

III.- Dictamen del Procurador General	1964
IV.- La solución del caso	1965
SENTENCIA:	1967
46- BARBOSA VARELA. 29-12-21.	1968
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcBVH.pdf	1968
Lex: Art. 167, inc. 2°, 54, 166, inc. 2, 3° párrafo, 289 inc. 3°, 55 y 45 del CP.	1968
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Concurso ideal. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo acreditada. Participación primaria. Convergencia intencional. Pacto de injusto. Teoría de bienes escasos. Accesoriedad limitada. Concurso real. Alteración de dominio. Autoría.	1968
Summa:	1968
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	1968
Fallo:	1969
I.- Sentencia recurrida.....	1969
II.- Recursos de casación	1970
III.- Dictamen del Procurador General	1970
IV.- La solución del caso	1971
SENTENCIA:	1974
CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.	1976
1- AGUERO ALVINO. 30-03-21.	1976
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594	1976
Lex: Art. 181 inc. 1° del CP.	1976
Vox: Usurpación. Despojó por abuso de confianza. Titularidad. Posesión. Tenencia. Intervención de título. Bien jurídico protegido. Nulidad.	1976
Summa:	1976
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1976
Fallo	1977
1.- Sentencia recurrida.....	1977
2.- Recurso de casación.....	1977
3.- Dictamen del Procurador General	1978
4.- La solución del caso	1978
SENTENCIA:	1980
2- VIDAL. 29-04-21.	1981
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210429_FyQcVidal.pdf	1981
Lex: Art. 172 y 42 del CP.	1981

Vox: Estafa. Tentativa. Valoración de la prueba.....	1981
Summa:	1981
SCJM. Dres.: Palermo. Garay. Dra. Miquel	1981
Fallo:	1982
1.- Sentencia recurrida.....	1982
2.- Recurso de casación.....	1983
3.- Dictamen del señor Procurador General	1984
4.- La solución del caso	1984
SENTENCIA:	1987
3- FALIDO PIZARRO. 10-05-21.	1988
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474	1988
Lex: Art. 181 inc. 1° del CP, 474, incs. 1° y 2° del CPP, 160 CN.	1988
Vox: Usurpación. Turbación de posesión. Fundamentación. Principio de congruencia. Derecho de defensa.....	1988
Summa:	1988
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Disidencia). Adaro.....	1989
Fallo	1990
1.- Sentencia recurrida.....	1990
2.- Recurso de casación.....	1990
3.- Dictamen del Procurador General	1991
4.- La solución del caso	1991
SENTENCIA:	1996
4- ABDALA FORNES.19-05-21.	1997
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_FcAbdala.pdf	1997
Lex: Art. 174 inc. 5° del CP. Art. 359, 418, 474 inc. 1° del CPP.	1997
Vox: Defraudación. Juicio abreviado. Inhabilitación especial. Cargos públicos. Fraude. Administración pública. Teoría de la responsabilidad por los actos propios. Hospital Central. JAF cuestionado ...	1997
Summa:	1997
SCJM. Dr. Llorente. Dra. Day. Dr. Garay.	1997
Fallo:	1998
1.- Sentencia recurrida.....	1998
2.- Recurso de casación.....	1998
3.- Dictamen del Procurador General	1999
4.- La solución del caso	1999
SENTENCIA:	2001

5- TORNELLO. 17-06-21.	2002
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210617_FcTornello.pdf	2002
Lex: Art. 174, 63, 63, 67, 77 del CP. Ley 25188. Art. 104 de la ley 1079 y su ccte. de la ley 5892..	2002
Vox: Defraudación a la administración pública. Municipalidad de Guaymallén. Plazos de prescripción de la acción penal. Funcionario público. Ética en el ejercicio de la función pública. Principio de congruencia. Delito continuado, Delito instantáneo.....	2002
Summa:	2002
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Garay Cuelli.	2002
Fallo:	2003
1.- La sentencia recurrida.....	2003
2.- El recurso de casación de la defensa de Silvia Maza y Ximena Tornello	2004
3.- Contestación de vista del querellante particular.....	2006
4.- Dictamen del señor Procurador General	2006
4.- La solución del caso	2007
SENTENCIA:	2011
6- CASTRO y ot.. 12-07-21	2012
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210712_FcCastro.pdf	2012
Lex: Art. 172 del CP. Art. 353 inc. 5°, 474, 485 y 203 del CPP (Ley 1908), art. 214 CPC (Ley 2269)	2012
Vox: Estafa procesal. Usucapión. Silencio engañoso. Querellante particular. Ardid. Engaño. Disposición patrimonial perjudicial. Convicción suficiente.	2012
Summa:	2012
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	2013
Fallo:	2014
1.- Resolución recurrida.....	2014
2.- Recurso de casación.....	2014
3.- Dictamen del señor Procurador General	2016
4.- La solución del caso	2017
SENTENCIA	2031
Lex: Arts 76 bis, 155, 167 del CP, y por el 462, 474 inc. 1° y 2°, 475 y 476 inc. 4° del CPP.....	2032
Vox: Suspensión de juicio a prueba. Negativa Fiscal. Falta de motivación.	2032
Summa:	2032
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	2033
Fallo	2034
1.- Sentencia recurrida.....	2034
2.- Recurso de casación.....	2034

3.- Dictamen del señor Procurador General	2035
4.- La solución del caso	2035
SENTENCIA:	2037
7- CASTRO BAZAN. 13-10-21.	2038
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211013_FcCBE.pdf	2038
Lex: Art. 184 inc. 5° y 59 inc. 6° del CP, art. 353 inc. 4° y 9°, 439 bis a 439 quáter CPP. Res. 717/16 de Procuración General.	2038
Vox: Daño. Agravante por bien público. Prescripción. Reparación del daño. Procedimiento de Flagrancia.	2038
Summa:	2038
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia)	2039
Fallo:	2040
1.- Sentencia recurrida.....	2040
2.- Recurso de casación.....	2040
3.- Contestación de vista por parte de la defensa	2042
4.- Dictamen del señor Procurador General	2042
5.- La solución del caso	2042
SENTENCIA:	2046
8- ABBA CASTILLO y ot.. 09-11-21. ACA.	2047
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcACJ.pdf	2047
Lex: Art. 181 inc. 1° del CP. Art. 477 del CPP	2047
Vox: Usurpación. Interversión de título. Contrato de comodato. Valoración de la prueba. Querellante particular. Derecho penal como última ratio.....	2047
Summa:	2047
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	2047
Fallo:	2048
1.- Sentencia recurrida.....	2048
2.- Recurso de casación.....	2048
3.- Dictamen del señor Procurador General	2049
4.- La solución del caso	2049
SENTENCIA:	2050
9- RODRIGUEZ GUIDO.01-12-21.	2052
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211201_FcRGA.pdf	2052
Lex: Art. 183, 1° párrafo del CP. Art. 474 del CPP.....	2052

Vox: VG. Daño simple. Unificación de pena. Calificación legal. Incendio. Potencialidad de propagación. Peligro común para los bienes. Peligro concreto. Expandibilidad. Fuego peligroso. Propiedad o seguridad común.....	2052
Summa:	2052
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	2053
Fallo:	2054
1.- Sentencia recurrida.....	2054
2.- Recurso de casación.....	2054
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	2055
4.- La solución del caso.....	2055
SENTENCIA:	2062
CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA. Tenencia. Portación.	2064
1- BLAS y ot.. 17-03-21.	2064
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210317_FcBlas.pdf	2064
Lex: Art.194, 34 inc. 4 del CP. Art. 14 bis, 75 inc. 22 de la CN. Art. 21 y 23 de la CADH. DUDH. Art. 25 PIDCyP. DADDH.....	2064
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Valoración de la prueba. Fundamentación.....	2064
Summa:	2064
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio (Disidencia). Adaro.....	2065
Fallo:	2066
I.- Sentencia recurrida.....	2066
II.- Recurso de casación.....	2067
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	2068
IV.- La solución del caso.....	2068
SENTENCIA	2102
2- GORBARAN LOBOS. 19-03-21.	2104
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=547	2104
Lex: Art 198 bis, 2º apartado primer párrafo; Art. 189 bis segundo apartado, segundo párrafo y 54 del CP.....	2104
Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego de uso civil. Arma de fuego de guerra.....	2104
Summa:	2104
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	2104
Fallo:	2105
1.- La sentencia recurrida.....	2105

II.- El recurso de casación.....	2106
III.- Dictamen del Procurador General	2107
IV.- La solución del caso	2107
SENTENCIA:	2109
3- AGUDO SAEZ. 12-04-21.	2111
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=556	2111
Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP	2111
Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Complejidad probatoria. Contradicción en declaraciones testimoniales.....	2111
Summa:	2111
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	2111
Fallo:	2112
I.- Sentencia recurrida.....	2112
II.- Recurso de casación.....	2113
III.- Dictamen del Procurador General	2113
IV.- La solución del caso	2113
SENTENCIA:	2115
4- NN o YALEVA. 06-08-21.	2117
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=518	2117
Lex: Art. 189 Bis, inc 2, 1° párrafo del CP.....	2117
Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego de uso civil. Violación al principio de continuidad o concentración procesal en el debate oral. Audiencia realizada sin la presencia del imputado. Nulidad.	2117
Summa:	2117
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo Adaro.	2118
Fallo:	2119
1.- La resolución recurrida	2119
2.- Recurso de casación.....	2120
3.- Dictamen del señor Procurador General	2121
4.- La solución del caso	2121
SENTENCIA:	2123
5- LUCERO PAEZ y ot. 15-09-21.	2124
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=544	2124
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP.	2124
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Valoración de la prueba. Fundamentación.	2124

Summa:	2124
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	2124
Fallo:	2125
1.- Sentencia recurrida.....	2125
2.- Recurso de casación.....	2126
3.- Dictamen del señor Procurador General	2127
4.- La solución del caso	2127
SENTENCIA:	2131
6- MARTINEZ. 16-09-21.	2132
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcMartinez.pdf	2132
Lex: Art. 189 bis, apartado 2, 4to párrafo en función del quinto y sexto párrafo del Código Penal	2132
Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Suspensión del Juicio a Prueba. Consentimiento fiscal vinculante. Revocar SJP. Fundamentos erróneos. Bien jurídico protegido. Exceso en el control de razonabilidad por el a quo.	2132
Summa:	2132
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	2133
Fallo:	2134
1.- Sentencia recurrida.....	2134
2.- Recurso de casación.....	2135
3.- Dictamen del señor Procurador General	2136
4.- La solución del caso	2136
SENTENCIA	2138
7- BRACAMONTE ANTUNEZ. 12-11-21.	2139
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=712	2139
Lex: Art. 189 Bis 4° párrafo, 149 bis 1° párrafo 2° supuesto, Art. 183 1° párrafo y Art. 55 del CP. 2139	
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Amenazas. Daño. Violación reglas de la sana crítica. Valoración probatoria.	2139
Summa:	2139
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.	2139
Fallo:	2140
1.- Sentencia recurrida.....	2140
2.- Recurso de casación de la defensa	2141
3.- Dictamen del Procurador General	2142
4.- La solución del caso	2142

SENTENCIA:	2144
8- ROGGERONE ROMERA. 13-12-21.	2145
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711	2145
Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 6° y 7° párrafo, 45 del CP.....	2145
Vox: Portación ilegal atenuada. Arma de fuego de guerra. Ausencia de fines ilícitos. Nulidad sentencia. Falta de fundamentación. Inobservancia de reglas de sana crítica racional.....	2145
Summa:	2145
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	2145
Fallo:	2146
1.- Sentencia recurrida.....	2146
2.- Recurso de casación.....	2147
3.- Dictamen del Procurador General	2147
4.- La solución del caso	2147
SENTENCIA:	2149
CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA.	2152
1- INCIDENTE DE RECUSACIÓN CONJUEZA. 27-08-21.	2152
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_Incidente.pdf	2152
Lex: Art. 72 inc. 11 del CPP. Art. 5 de la Ley 7294.	2152
Vox: Imparcialidad. Arbitrariedad en la fundamentación de la decisión.	2152
Summa:	2152
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo	2153
Fallo	2154
1.- Sentencia recurrida.....	2154
2.- Recurso de casación.....	2154
3.- Dictamen del señor Procurador General	2155
4.- La solución del caso	2155
SENTENCIA:	2159
2- CORDOBA. 16-09-21.	2159
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcCAV.pdf	2159
Lex: Arts. 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Convención Belem do Pará. Ley 8226. Resoluciones del MPF 148/12 y 717/16. Art. 155 CPP.	2159
Vox: VG. SJP. Desobediencia. Suspensión de juicio a prueba. Dictamen Fiscal negativo. Violencia de género. Motivación.....	2159
Summa:	2159
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia)	2160

Fallo:	2161
1.- Sentencia recurrida.....	2161
2.- Recurso de casación.....	2162
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	2163
4.- La solución del caso.....	2163
SENTENCIA:.....	2165
3- FREDES. 21-09-21.	2166
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210921_FcFredes.pdf	2166
Lex: Art. 277 inc. 1°, apartado c del CP.....	2166
Vox: Encubrimiento. Motivación de la sentencia. Valoración de testimoniales. Errores materiales en la sentencia.	2166
Summa:	2166
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).....	2167
Fallo:	2168
1.- Sentencia recurrida.....	2168
2.- Recurso de casación.....	2168
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	2169
4.- La solución del caso.....	2169
SENTENCIA:.....	2171
4- DI MARCO. 26-10-21.	2173
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211026_FcDMO.pdf	2173
Lex: Art. 261, 266 y 55 del CP.	2173
Vox: Malversación de caudales públicos por peculado de servicios. Concusión. Prescripción de la acción penal. Funcionario público. Nulidad. Principio de congruencia.	2173
Summa:	2173
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Lorente.	2173
Fallo:	2174
1.- Sentencia recurrida.....	2174
2.- Recurso de casación.....	2174
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	2175
4.- La solución del caso.....	2175
SENTENCIA:.....	2176
5- ECHAVARRIA.09-11-21.	2178
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcEJD.pdf	2178
Lex: Art. 239 del CP. Art. 474 inc. 1° del CPP. Ley 26485.....	2178

Vox: VG. Desobediencia. Estado de necesidad justificante. Retracción víctima de violencia de género. Ciclo de violencia. Valoración probatoria con perspectiva de género. In dubio pro reo. .	2178
Summa:	2178
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.....	2179
Fallo:	2180
I- La sentencia recurrida.....	2180
II- El recurso de casación.....	2180
III.- Dictamen de la Procuración General	2181
IV.- La solución del caso	2181
SENTENCIA:	2188
6- ROSALES. 14-12-21.	2189
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211214_FcRAJ.pdf	2189
Lex: Art. 249 del CP. Art. 474 inc. 1° y 2° del CPP. Art. 19 CADH. Art. 3 y 4 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Acordada N° 24.023 SCJM; Art. 3.2 CADN,	2189
Vox: Incumplimiento de deberes de funcionario público. Tipo subjetivo. Delito de omisión. Derechos del niño. Principios generales» de la “Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”	2189
Summa:	2189
El JPC condenó al señalado a la pena de multa de doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial por un año para ejercer cargos públicos, como autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del Código Penal).	2189
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	2190
Fallo:	2191
1.- La sentencia recurrida.....	2191
2.- El recurso de casación.....	2191
3.- Dictamen del Procurador General	2192
4.- La solución del caso	2193
SENTENCIA:	2200
CAPÍTULO IX. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.	2202
Ley 24270. (Sancionada 03-11-1993; promulgada 25-11-93).....	2202
1- REYES CORTELEZZI. 08-03-21.	2203
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf	2203

Lex: Art. 1 y 2 de la ley 24.270. Art. 239 y 55 del CP. Leyes 26485, 27372 y 26061. Convención Belém do Pará. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	2203
Vox: Impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por mudar su domicilio en concurso real con desobediencia. Contexto de violencia de género. Perspectiva de género.	2203
Summa:	2203
SCJM. Dres. Palermo. Adaro. Valerio.....	2205
Fallo:	2206
1.- Sentencia recurrida.....	2206
2.- Recurso de casación.....	2207
3.- Dictamen del señor Procurador General	2208
4.- La solución del caso	2208
SENTENCIA:	2225
CAPÍTULO X. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.	2227
Ley 13944. Art. 4 CP.....	2227
1- BUENANUEVA. 04-08-21.	2228
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210804_FcBAM.pdf	2228
Lex: Ley 13944. Ley 26061. Ley 27372. CDN. Ley 23849. Ley 26485.....	2228
Vox: Incumplimiento de deberes de asistencia familiar. Violación del principio de congruencia procesal. VG por violencia económica. Ausencia de motivación.....	2228
Summa:	2228
SCJM. Dres. Valerio. Adaro. Palermo.	2229
Fallo	2230
1.- La resolución recurrida	2230
2.- El recurso de casación.....	2230
3.- El dictamen del Procurador General.....	2233
4.- La solución del caso	2234
SENTENCIA:	2248
CAPÍTULO XI. CÓDIGO CONTRAVENCIONAL.	2250
1- BUSTELO. 02-07-21.	2250
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210702_Bustelo.pdf	2250
Lex: Art. 42 inc. b) de la Ley 9024. Art. 50 inc. a) de la ley 9024. Art. 172 del Código Contravencional.	2250
Vox: Circulación del automóvil. Deber de cuidado. Nulidad de sentencia. Arbitrariedad. Vicios. Normas de tránsito. Carril izquierdo. Luces. Señalización.....	2250
Summa:	2250

SCJM. Dres. Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia)	2251
Fallo:	2252
1.- Resolución recurrida	2252
2.- Recurso de inconstitucionalidad.....	2252
3.- Dictamen del señor Procurador General	2253
4.- La solución del caso	2253
SENTENCIA:	2256
2- MANZANO. 17-09-21.	2257
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210917_Manzano.pdf	2257
Lex: Art. 67 bis del Código Contravencional. Art. 145 del Código Procesal Civil, Comercial y del Trabajo. Arts. 155, 156, 161 y 166 del Código Contravencional (ley 9099). Arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 162 de la ley 9099.	2257
Vox: Cadena de custodia de la extracción de sangre. Debido proceso. Defensa en juicio.	2257
Summa:	2257
SCJM. Dres. Adaro. Valerio. Palermo.	2258
Fallo	2259
1.- Sentencia recurrida.....	2259
2.- Recurso de inconstitucionalidad.....	2259
3.- Dictamen del señor Procurador General	2260
4.- La solución del caso	2261
SENTENCIA:	2263
APÉNDICE NORMATIVO	2264
CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA	2265
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	2265
LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS	2290
CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA	2369
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	2369
Art. 4º - Ámbito Temporal.	2369
LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA	2442
LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	2456
LIBRO CUARTO. RECURSOS	2479
LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN	2489
LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES	2500
LEY 9099. CÓDIGO DE CONTRAVENCIONES DE LA PROVINCIA DE MENDOZA	2512

LIBRO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES.....	2512
LIBRO SEGUNDO DE LAS CONTRAVENCIONES.....	2518
LIBRO TERCERO PROCEDIMIENTO	2538
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS	2542
LEY 9024.....	2546
TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES	2546
TÍTULO II. AUTORIDADES DE APLICACIÓN.	2547
TÍTULO III LA VÍA PÚBLICA.....	2552
TÍTULO IV EL VEHÍCULO	2556
TÍTULO V DE LA MOVILIDAD REGLAS GENERALES	2562
TÍTULO VI DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES DE TRÁNSITO	2580
TÍTULO VII RÉGIMEN DE SANCIONES PRINCIPIOS GENERALES.....	2581
TÍTULO VIII DE LOS ACCIDENTES VIALES	2587
TÍTULO IX PROCEDIMIENTO PARA LAS INFRACCIONES VIALES QUE NO SON ACCIDENTES VIALES	2589
TÍTULO X DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS ACCIDENTES VIALES Y LAS INFRACCIONES VIALES	2591
TÍTULO XI DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.....	2591

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.

A.S.I. : Abuso sexual infantil.

A: Autor.

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

AFC : Arma de fuego de uso civil.

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

AI: Arma impropia.

AM: Adulto mayor.

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

ANU: Arma no apta de utilería.

Arm. Arma.

Asc.: Ascendiente.

Aut.: Automovilista.

B: Banda

CA: Concurso aparente.

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

CDN: Convención de los derechos del niño.

CE: Condena efectiva.

CI: Concurso ideal (Art. 54 del CP)

CJ: Circunscripción judicial.

CN: Constitución Nacional.

CO. Coautor/es.

Conv. Conviviente.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

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

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desc.: Descendiente.

EE: Encargado de la educación.

EG: Encargado de la guarda.

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

EPI: Equipo Profesional Interdisciplinario.

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

FS: Fuerzas de seguridad.

H: Hermano

IA: Inhabilitación absoluta.

IE: Inhabilitación especial.

Ins. Instigador.

IP: Inhabilitación perpetua.

JJ: Juicio por jurado.

JPC: Juzgado Penal Colegiado.

M: Mayor.

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

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

MPD: Ministerio Público de la Defensa.

MPF: Ministerio Público Fiscal.

Mul. : Multa.

N: Nulidad.

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

P: Prisión.

P1°: Partícipe primario.

P2°: Partícipe secundario.

Par.: Pareja.

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

PCE: Pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Pl.: Plural.

PPP: Pena de pena de prisión perpetua.

R: Reincidente.

RCJ: Requerimiento de citación a juicio.

REC: Recurso extraordinario de Casación.

REI: Recurso extraordinario de Inconstitucionalidad.

REQ: Recurso extraordinario de Queja.

REV: Recurso extraordinario de Revisión.

SA: Sujeto activo.

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

SJP: Suspensión de juicio a prueba.

SP: Sujeto pasivo.

TPC: Tribunal Penal Colegiado.

U: Unificación. (Art. 58 del CP)

UC: Unificación de condena.

UP: Unificación de pena.

US: Unificación de sentencia.

VG: Violencia de Género.

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida. Homicidios.

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida. Homicidios

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

1- PAJON RETAMALES. 08-01-21 (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	AM	-	PPP	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474 489

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7°; 165 y 45 del CP. Art. 2 de la ley 9106. Arts.474 inc. 1° y 2°, 489 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Juicio por jurado.

Summa:

El **TPC** condenó a los nombrados a la pena de prisión perpetua en calidad de coautores por el delito de homicidio doblemente agravado criminis causa, realizado juicio por jurado populares.

La **defensa de todos los co-imputados** interponen recurso de casación y de inconstitucionalidad.

El **Procurador General** entiende que los recursos proceden desde el punto de vista formal pero deben ser rechazados en lo sustancial.

La **SCJM** rechazó tanto los Recursos de Casación como los de Inconstitucionalidad. Impuso las costas a los vencidos y difirió la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. Finalmente, tuvo presente las reservas federales formuladas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 640, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a- CSJN:

- Casal. 06-12-94:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=360531&cache=1691668901375>

b-SCJM:

- Peteán Pocoví. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf

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

(S.B.)

Fallo

CUIJ: 13-04961017-8/1((028601-141018)) FC/ PAJON RETAMALES CRISTIAN DARIO, PEÑALBE RUIZ RICARDO DANIEL, OLIVAREZ NAVARRO FERNANDO ARIEL Y AVILA CHAVASEAUX CARLOS EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO (141018) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105130836*

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04961017-8/1 caratulada "F. C/ PAJÓN RETAMALES Y OTS. S/ CASACIÓN".

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

A fs. 2432/2447 vta., 2448/2465, 2466/2481 y 2482/2496 vta. las defensas de Fernando Ariel Olivarez Navarro, Cristian Darío Pajón Retamales, Ricardo Daniel Peñalbe Ruiz y Carlos Ezequiel Ávila Chavaseaux interponen recurso de casación e inconstitucionalidad, respectivamente, contra la sentencia N° 640 (fs. 2375/2376), mediante la cual se condenó en juicio por jurado popular a los nombrados a la pena de prisión perpetua en calidad de coautores por el delito de homicidio doblemente agravado criminis causa (arts. 80 inc. 7 y 45 CP).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Fernando Ariel Olivarez Navarro, Cristian Darío Pajón Retamales, Ricardo Daniel Peñalbe Ruiz y Carlos Ezequiel Ávila Chavaseaux a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró a los acusados culpables del delito de homicidio criminis causa.

El hecho por el que fueron condenados los acusados es el siguiente. «El día 24 de septiembre de 2017 en el horario comprendido entre las 01 horas y las 08 horas, los imputados Pajón Retamales; Peñalbé Ruiz; Olivarez Navarro y Ávila Chavaseaux, con la intención de cometer un robo, ingresaron a la vivienda sita en calle Gutiérrez N° 1557 de esta Ciudad de San Rafael, por el portón de la cochera que se encontraba sin las medidas de seguridad, lugar donde se encontraba la víctima Liliana Esther Balmaceda, donde, acto seguido, y en el interior de la misma, procedieron a golpear con un fragmento de escombros a la víctima en la región frontal, provocándole con ello fractura de cráneo, producido aparentemente con dicho golpe la caída de la víctima donde se golpea con la base de hormigón de un respirador en la zona occipital. Asimismo le provocan otro golpe en la zona parietal derecha; y también en la mano izquierda, produciendo su fractura; y ante la resistencia de la víctima practicaron sobre su rostro maniobras de acallamiento o asfixia, provocándole lesiones químicas, las que en su conjunto provocaron su muerte, lo que les habría permitido facilitar el apoderamiento ilegítimo de dinero minutos después; e intertanto,

al ser sorprendidos por el marido de la víctima, Miguel Ángel Scalia, en el pasillo del domicilio, lo golpean en el cráneo con un elemento contundente no identificado, provocándole la muerte por traumatismos; a los fines de lograr la impunidad y poder consumar el delito de robo. Procediendo seguidamente los encartados en dicha oportunidad a sustraer la suma de pesos diecisiete mil; dinero que las víctimas habían recibido producto del cobro del alquiler; de la panadería de la cual eran dueños, situada en el fondo de la propiedad; como así también dinero no especificado consistente en ahorros varios que tenían Scalia y Balmaceda». La sentencia N° 640, obrante a fs. 2385/2406 vta., da cuenta de las instrucciones generales impartidas al jurado –fs. 2386/2397–, de las instrucciones especiales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –fs. 2397/2403 vta.– del veredicto unánime –fs. 2403 vta.– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –fs. 2405–.

2.- Recursos interpuestos

Las defensas de los acusados interponen respectivamente recursos de casación e inconstitucionalidad. Con el fin de ganar en claridad expositiva se analizan en particular las casaciones para, acto seguido, realizar un tratamiento conjunto de los recursos de inconstitucionalidad, debido a su fondo estructuralmente análogo.

2.a.- Recursos de casación

2.a.i.- Recurso a favor de Fernando Ariel Olivarez Navarro

El letrado defensor sostiene que existe un cúmulo de dudas, surgidas de las pruebas rendidas en sede de debate, que impiden afirmar con la certeza exigida para dictar una sentencia condenatoria, que Olivarez haya intervenido en el hecho. Su planteo se acota al nivel de los vicios in procedendo. Esta toma de postura es realizada después de enumerar una serie de pruebas que serían oscuras o mal valoradas por el jurado popular y darían lugar a un veredicto arbitrario. En primer lugar, subraya que no se encontraron en el lugar del hecho rastros de ADN de su defendido, del mismo modo que no se registra en las cámaras de seguridad del CEO su presencia en las inmediaciones de la casa de las víctimas. Continúa y subraya que Olivarez fue incriminado por Pajón, quien habría incurrido en contradicciones sustanciales perdiendo credibilidad. Asimismo, después de expresar que según el Ministerio Público Fiscal fue Olivarez quien ultimó a Scalia utilizando una barreta que buscó en el domicilio de Pajón, critica la solidez de la declaración de Gabriela Padilla, quien habría afirmado este hecho con el fin de desvincular a Pajón. Finalmente, objeta las declaraciones de Celeste Aranda y José Villena, las cuales serían contradictorias y no alcanzarían para destruir el estado de inocencia de su defendido. Realiza reserva del caso federal.

2.a.ii.- Recurso a favor de Darío Pajón Retamales

La defensa realiza, en primer lugar, una crítica al veredicto del jurado, con base en lo que sería un apartamiento manifiesto de la prueba rendida en autos, la cual abriría una duda razonable en relación con la intervención de Pajón en el hecho imputado.

En este sentido, esgrime que la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal se apartó de los hechos intimados, al introducirse al momento del alegato de clausura mecánicas del hecho distintas a las investigadas –por ejemplo, al referir la existencia de guantes de látex al ejecutar el delito–. Concluye que se habría violado el principio de congruencia.

A su vez, en este nivel, la crítica también se refiere al sentido que el jurado habría otorgado a las declaraciones de Jesús Scalia (hijo de las víctimas), Gabriela Padilla (pareja de Pajón), José Villena y Celeste Aranda. Asimismo, alude al descargo de su defendido, así como a las declaraciones de Roxana Alí, Alberto Peñalbe (tío del imputado), Ricardo Peñalbe y Marcelo Ruarte (funcionario policial de Policía Científica).

Una crítica que apunta a sostener la duda sobre la culpabilidad de su representado. Acto seguido, la estrategia defensiva se traslada al nivel de los vicios in iudicando. Allí, el planteo es doble. Por un lado, se advierte una errónea aplicación de la ley sustantiva, habida cuenta del concepto brindado por el juez técnico en relación con la figura del homicidio en ocasión de robo. Una aproximación que no comparte el recurrente y entiende ha conducido al jurado a dictar en error un veredicto de culpabilidad aplicando la figura del homicidio criminis causa, cuando, en verdad, se habría tratado de un homicidio en ocasión de robo.

Por último, en este nivel, se objeta la inobservancia de las reglas referidas a la constitución o recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros. Expresa que en la audiencia preliminar se solicitó el cambio de jurisdicción del debate con base en que las personas del pueblo estaban contaminadas por la gran difusión que se le dio al caso. A lo que el tribunal no hizo lugar y, de este modo, el hecho acabó siendo sometido a consideración de un jurado parcial, lo que tornaría nulo su veredicto. Realiza reserva del caso federal.

2.a.iii- Recurso a favor de Peñalbe Ruiz

En el plano de los vicios in procedendo sostiene la arbitrariedad del veredicto debido a que el jurado se habría apartado de la prueba rendida en sede del debate, del mismo modo que lo habrían hecho la parte querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de realizar los alegatos. Se destaca el argumento relativo a que no se habría probado suficientemente que su defendido hubiese estado en las inmediaciones de la vivienda al momento del hecho y, menos aún, que hubiese intervenido en el doble homicidio. Respecto de los vicios in iudicando, se expone sobre la incorrección de las instrucciones respecto del concepto y alcance del art. 165 CP, lo cual habría conducido al jurado a condenar en error a los imputados con base en la figura del homicidio criminis causa. Por otro lado, expresa la inobservancia de las reglas referidas a la constitución o recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros. Todo lo cual habría redundado en la conformación de un jurado parcial. Realiza reserva del caso federal. 2.a.iv.- Recurso a favor de Ávila Chavaseaux La defensa inicia su presentación transcribiendo la plataforma fáctica a efectos de introducir su agravio central en el nivel de los vicios in procedendo: no se habría conseguido acreditar más allá de toda duda razonable la intervención de su defendido en el doble homicidio. En esta línea, alega que no se determinó que Ávila haya estado en el lugar de los hechos, a lo que debe agregarse que Alejandro Soto declaró que la noche del hecho el encartado estuvo en la casa de los padres de Olivarez. Por su parte, cuestiona la declaración de la testigo Torres y califica el señalamiento que hizo de los acusados como vago, impreciso, discriminatorio y cargado de odio. Sostiene, a su vez, que es contrario al sentido común pensar su defendido después de haber cometido un crimen de tal gravedad se haya pasado tranquilo por la vereda de enfrente y descalifica la declaración de Pajón. Continúa en lo que hace a la valoración de la prueba y afirma que no se pudo determinar cuál fue el arma homicida y, que, si bien Ávila fue visto a plena luz del día con una maza en la mano, los peritos no hablaron de una maza. Por último, aprecia como excesiva la exhibición de fotografías al jurado por parte del Ministerio Público Fiscal, lo cual lo habría sensibilizado y perjudicado a su defendido. Realiza reserva del caso federal.

2.b.- Recursos de inconstitucionalidad

Los letrados defensores sostienen que la prisión perpetua, en tanto instituto jurídico y en tanto pena aplicada a sus representados, es inconstitucional. Como anticipé, habida cuenta que los fundamentos subyacentes a los cuatro recursos de inconstitucionalidad persiguen el mismo objetivo, realizaré una exposición y tratamiento conjunto. La defensa de Olivarez subraya que imponer una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por último, agrega que sostener que la pena de prisión perpetua es constitucional, porque existe la posibilidad de acceder a la libertad condicional en un futuro incierto, es vaciar de contenido práctico a las normas constitucionales y convencionales orientadas a proteger los derechos básicos del ser humano (fs. 2442/2447). Las defensas de Peñalbe y Ávila realizan un desarrollo argumentativo estrictamente similar (fs. 2478/2481 y 2492 vta./2494 vta.). Por su parte, la defensa de Pajón, después de fundamentar la procedencia formal del recurso, refiere con citas a doctrina, normativa nacional e internacional y jurisprudencia que la pena de prisión perpetua atenta contra los fines de resocialización y, por ello, es inconstitucional. Señala igualmente que se trata de una pena inhumana y degradante (fs. 2463/2465).

3.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que los recursos proceden desde el punto de vista formal, pero que deben ser rechazados en el fondo.

3.a.i.- Respecto de los recursos de casación, después de extraer los agravios de cada uno de los planteos se vuelca de lleno a su análisis. Comienza por el recurso presentado por la defensa de Olivarez y lo desestima en el fondo por tratarse de un cuestionamiento que reitera la posición esgrimida en el momento de los alegatos. A su vez, pone de relieve que los miembros del jurado fueron especialmente instruidos en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba y, en particular, respecto de cómo aproximarse a la prueba testimonial.

3.a.ii.- Acto seguido, realiza un estudio del recurso interpuesto a favor de Pajón y advierte que el letrado defensor no acierta tanto al advertir vicios in procedendo, como vicios in iudicando. En relación con los primeros, valida la prueba rendida en sede de debate ante el jurado popular y cancela cualquier arbitrariedad en el veredicto producto de un alejamiento de las instrucciones dadas por el juez técnico. Así, concluye que en este nivel se trata de una mera discrepancia con la decisión del jurado. En lo que hace a los vicios en la adjudicación del derecho, rechaza tanto una errónea aplicación de la ley sustantiva, como una supuesta inobservancia de las reglas referidas a la constitución o recusación del jurado. Respecto a lo primero, señala que se explicó correctamente al jurado en qué consistía el homicidio criminis causa, así como en qué consistía el homicidio en ocasión de robo. Instrucciones que se encuentran respaldadas en doctrina y jurisprudencia. Respecto de lo segundo, subraya que el planteo de cambio de jurisdicción del debate fue realizado en la audiencia preliminar, a lo que el tribunal no hizo lugar adhiriendo a la postura del Ministerio Público Fiscal; argumentos a los que se adhiere también en esta instancia. 3.a.iii.- En tercer lugar, al tratar el remedio casatorio incoado por la defensa de Peñalbe, sostiene que su contenido es coincidente con los argumentos expuestos a fs. 2448 y ss. en el escrito presentado por la defensa de Pajón, tanto en relación con el apartamiento de las pruebas rendidas en el debate, así como respecto de las instrucciones relativas a la interpretación del art. 165 CP y la violación de las reglas

relativas a la constitución y recusación del jurado. Por ende, corresponde también su desestimación.

3.a.iv.- Por último, respecto del recurso presentado por la defensa de Ávila, sostiene que se trata de una mera disconformidad con la valoración del plexo probatorio, por lo que sugiere el rechazo de los agravios. Suerte que también debe seguir el planteo relativo a la exhibición de fotografías realizadas por el Ministerio Público Fiscal, toda vez que las fotos integraban pruebas del juicio y no se trataba de información o imágenes ajenas al proceso.

3.b.- En lo que hace a los recursos de inconstitucionalidad incoados, sostiene que resultan prematuros, ello en tanto, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y, que en caso de duda debe prevalecer la vigencia constitucional de la norma penal. En la misma línea, agrega que los argumentos planteados revelan una mera disconformidad con las pautas de política criminal diseñada por el legislador. Por tales razones, aconseja el rechazo de los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados por las defensas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –con base en los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad formulados por las defensas de Fernando Ariel Olivarez Navarro, Cristian Darío Pajón Retamales, Ricardo Daniel Peñalbe Ruiz y Carlos Ezequiel Ávila Chavaseaux y confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de las cuestiones que plantean las defensas, ordenaré mi voto del modo que sigue.

En primer lugar (a), y en función de las particularidades del caso, realizaré un tratamiento individualizado de los recursos de casación presentados por los letrados defensores de cada uno de los acusados. En segundo lugar (b), procederé a considerar los recursos de inconstitucionalidad incoados respecto de la aplicación de la pena de prisión perpetua.

4.a.i.- El recurso de casación presentado por la defensa de Olivarez se acota al nivel de los vicios in procedendo y busca convencer de que el nombrado no habría intervenido en el hecho o, en su defecto, que la prueba rendida en sede de debate no alcanzaría para destruir su estado de inocencia. Así, su toma de postura se basa en una doble crítica: por un lado, a los testimonios de cargo, en especial al de Gabriela Padilla y, por otro lado, a un cúmulo de pruebas que habrían sido mal valoradas y que darían cuenta de la inocencia de Olivarez.

En relación con el cuestionamiento relativo al valor de la prueba producida en el debate y su aptitud para fundamentar un veredicto de culpabilidad, entiendo que no le asiste razón al recurrente. En abstracto, porque en su planteamiento se advierte una crítica difusa que no hace más que demostrar una mera discrepancia con el veredicto de culpabilidad.

En concreto, ya que las objeciones formuladas individualmente a los elementos de convicción no resisten un análisis riguroso a la luz del sentido global del plexo probatorio. El recurrente inicia su argumentación poniendo en duda que el testimonio de Gabriela Padilla –el cual vincula a Olivarez con la comisión de los

delitos imputados— sea lo suficientemente creíble como para convertirse en una de las pruebas sobre las que la acusación construye su caso. Sin embargo, esta crítica no es precisada en momento alguno del escrito, del mismo modo que no lo es la crítica a los testimonios de Celeste Aranda y José Villena, no bastando para ser tomada en serio como agravio nulificante, el hecho de Olivarez habría sido incriminado por Pajón y estos testigos intentarían beneficiar a este último.

Es que la defensa omite explicar por qué no debería de creérsele a Gabriela Padilla, Celeste Aranda y José Villena. La anterior crítica al planteo defensivo, según entiendo, también afecta al tramo de su argumentación relativo a una serie de pruebas que serían erráticamente valoradas por el jurado popular y darían lugar a un veredicto arbitrario. Idea que no es concretada debidamente en relación con la manera en que la ausencia de rastros de ADN de su defendido en la escena del hecho o la inexistencia de registros filmicos en las inmediaciones de la casa de la víctima serían elementos que cancelarían el resto de los elementos de cargo que pesan en contra de Olivarez.

Como es sabido, la investigación avanzó rápidamente cuando aproximadamente veinticuatro horas después de acaecida la muerte del matrimonio Scalia, fueron aprehendidos Pajón y Peñalbe en ocasión de que se realizaran dos rastreos de canes desde el lugar del hecho hasta los domicilios ubicados en calle República del Líbano N° 1651 (domicilio de Pajón y Gabriela Padilla) y Pedro Vargas (domicilio de Peñalbe). Acto seguido, fue encontrada una huella parcial del calzado de Pajón en el garaje de la casa de las víctimas, indicio determinado mediante un cotejo que arrojó resultado positivo con una zapatilla secuestrada en el domicilio del nombrado. A partir de aquí, la defensa sostiene que Pajón habría intentado desvincularse del hecho incriminando a Olivarez, Peñalbe y Ávila; y con el mismo fin, habría declarado Gabriela Padilla — esposa de Pajón—. Sobre este punto, la defensa le resta crédito a las declaraciones de Celeste Aranda, prima de Gabriela Padilla y esposa de Ricardo Peñalbe, y José Villena, compañero de celda y de pabellón de Cristian Pajón. No obstante, después de desarrollar su teoría del caso, la defensa se limita a transcribir los momentos que estima más importantes de las declaraciones de los testigos mencionados, los cuales considera gananciales. No obstante, en relación con ello cabe decir que —además de no encontrarse fundamentado el interés en el proceso, más allá del vínculo familiar con uno de los imputados— los miembros del jurado popular no eran ajenos a esta situación, ni al devenir de la investigación sobre el que la acusación construyó su caso. De este modo es difícil sostener que el jurado haya actuado en error o que su razonamiento sea arbitrario. Así, la defensa es doblemente autocontradictoria en su planteamiento, pues, por un lado, las circunstancias que esgrime como susceptibles de hacer caer en error al jurado eran conocidas por este (son referidas por Gabriela Padilla al declarar). Por otro lado, las declaraciones que estima verosímiles padecerían el mismo defecto que las que son criticadas: se trata de familiares o amigos de Olivarez. En particular, la defensa sostiene que surge de los testimonios de Héctor Soto, Micaela Arenas y Débora Olivarez que Carlos Ávila y Fernando Olivarez estuvieron la noche de los homicidios en el domicilio de la madre de este último. Cuando Gabriela Padilla declara que su prima, Celeste Aranda, le contó que «el Pino» (Olivarez) y «Carlitos» habían ido a buscar a Ricardo y que «el Pino» había dejado escondida en su casa una barreta —uno de los instrumentos homicidas—, la cual fue a buscar el día domingo (véase registro audiovisual, 00:24:53), el jurado se encuentra en condiciones de mesurar el valor de estos dichos y no es ajeno a la calidad de las personas que los expresan. Consideraciones idénticas deben realizarse respecto del testimonio de Celeste Aranda en el tramo relativo a que alrededor de la una de la mañana llegaron a su casa Olivarez y Ávila a buscar a Peñalbe; que ella se acostó a dormir y que ellos supuestamente fueron a tomar algo (ver registros audiovisuales, a partir del minuto 00:39:30). Como ya

dije en el precedente «Peteán Pocoví», ha de armonizarse la manera en que se realiza la revisión del veredicto del jurado popular, en tanto decisorio colectivo derivado de la tradición jurídica anglosajona, con el alcance dado por la CSJN en «Casal» al recurso de casación en el marco de nuestro sistema procesal. Y al emprender esta tarea en el caso sometido a decisión, advierto que el iter lógico que guía la formación del acuerdo unánime que sostiene el veredicto de culpabilidad se basa en prueba válidamente incorporada al proceso y con la fuerza suficiente para sostener la hipótesis acusatoria.

Por ello, también debe descartarse el ataque contra el valor de los testimonios de Gabriela Padilla, Celeste Aranda y Ricardo Peñalbe. Ello en tanto, si bien es cierto que se trata personas vinculadas con Pajón y Peñalbe y sus declaraciones deben ser minuciosamente analizadas, no es menos cierto que sus aportes posibilitaron la incorporación de valiosa prueba a la causa –tal como la zapatilla para el cotejo–. Todo lo cual, no implica que su valor sea nulo al ser puesto en relación con el resto del plexo probatorio ni que, a la inversa, estos testimonios sean decisivos respecto de la prueba del hecho. De este modo, considero que el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular respecto de Olivarez no aparece como arbitrario, pues este no se apartó en ningún momento de la prueba producida, así como de las instrucciones que orientaron su labor en orden a su correcta interpretación. En relación con las instrucciones y la prueba que fundamenta el veredicto de culpabilidad, vale decir que ambas respetaron los lineamientos establecidos en «Peteán Pocoví»: las primeras fueron impartidas de forma clara y anticiparon los problemas en el ámbito de valoración de la prueba que pudieron suscitarse para el jurado y, las segundas, se mostraron como idóneas en el plano cualitativo como cuantitativo. Vale recordar que en el precedente citado se determinó que, por un lado, la idoneidad cualitativa de una prueba hace referencia a la aptitud de un determinado elemento de convicción para sustentar una afirmación de forma lógica y de acuerdo con los principios y garantías constitucionales.

Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta. Mientras que, por otro lado, la idoneidad cuantitativa de una prueba presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos. De este modo, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación. En definitiva, en relación con este agravio, cabe afirmar en esta instancia que las personas llamadas a integrar el jurado emitieron sus opiniones personales por unanimidad, derivando en un veredicto positivo sobre la culpabilidad del acusado en relación con los hechos imputados; todo ello, de acuerdo a su íntima convicción y en un estricto respeto a las leyes vigentes.

4.a.ii.- La defensa de Pajón intenta una empresa similar en el plano de los vicios in procedendo y ataca el veredicto del jurado como arbitrario al alejarse de la prueba rendida, al mismo tiempo que critica que al desarrollar los alegatos de apertura, tanto la parte querellante como el Ministerio Público Fiscal se hayan alejado de los hechos descriptos en el requerimiento de citación a juicio. Sin embargo, este objetivo tampoco es conseguido. De hecho, no se advierte error alguno en el jurado al atribuirle sentido a las declaraciones de Jesús Scalia (hijo de las víctimas), Gabriela Padilla (pareja de Pajón), José Villena y Celeste Aranda. Asimismo, alude al descargo de su defendido, así como a las declaraciones de Roxana Alí, Alberto Peñalbe (tío del imputado), Ricardo Peñalbe y Marcelo Ruarte (funcionario policial de Policía Científica). La defensa concentra sus esfuerzos en sostener la versión de su defendido, la cual reitera en su recurso, a la vez que la interpreta junto con los dichos de Gabriela Padilla (su pareja) y Celeste Aranda (prima de

Gabriela Padilla y pareja de Peñalbe). Como dije al tratar el recurso incoado por la defensa de Olivarez, el jurado pudo aproximarse a estos testimonios de una manera directa, encontrándose en condiciones de advertir su valor cuantitativo –dicho en lenguaje coloquial, qué tanto se les puede creer– sin hallarse viciada su percepción y, menos aún, padeciendo un error. En otro orden de ideas, entiendo que el recurrente tampoco alcanza a poner en tela de juicio el cotejo positivo de la zapatilla del acusado con la huella hallada en el garaje de la casa de las víctimas –el cual fue calificado por el Comisario Narváez como altamente probable–. De hecho, el recurrente solo se ha limitado a reiterar los fragmentos de los testimonios que estima favorables a la situación de su defendido y a realizar consideraciones genéricas relativas al principio de inocencia que no han sido debidamente concretadas. Con el mismo temperamento, entiendo que debe ser desestimado el agravio relativo a que la parte querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal se apartaron al momento de realizar los alegatos de los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio.

Es que la narración de los hechos que realizan las partes en los alegatos no puede reducirse a una mera lectura de la pieza de acusación, pues sería absurdo pretender una estricta literalidad cuando de lo que se trata es de que los operadores jurídicos se valgan del formato oral para comunicarse fluidamente con los miembros del jurado. La defensa subraya que en el alegato de apertura se hizo referencia a guantes de látex que habrían sido utilizados por los coautores para no dejar huellas, sin embargo, esto es algo que no se contradice con los hechos contenidos en la acusación. Una variación que no sorprende a los imputados y, en consecuencia, no permite siquiera poner en duda la estricta vigencia del principio de congruencia en el curso de este proceso. En consecuencia, no encuentro razones para anular el veredicto condenatorio, el cual no ha sido dictado al margen de la prueba rendida.

Prueba válida en el plano cualitativo y susceptible de valoración en el plano cuantitativo por el jurado popular; todo lo cual me convence de la corrección del veredicto, el que de ningún modo puede ser considerado arbitrario. Del mismo modo que no existen razones para afirmar que la acusación privada u oficial se haya apartado de los hechos que conformaron la plataforma fáctica inicialmente enrostrada. Dicho esto, corresponde considerar los agravios de la defensa en el nivel de la adjudicación del derecho. En primer lugar, la defensa critica el concepto brindado por el juez técnico en relación con la figura del homicidio en ocasión de robo. Una aproximación que no comparte el recurrente y entiende ha conducido al jurado a dictar en error un veredicto de culpabilidad aplicando la figura del homicidio *criminis causa*, cuando, en verdad, se habría tratado de un homicidio en ocasión de robo. Sobre la figura del art. 165 CP –que prefiero denominar robo calificado por homicidio– ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el precedente «Barrionuevo».

Allí expliqué que cuando se comprueba que durante la ejecución de un robo resulta una muerte existe una panorámica de soluciones que se reduce a cuatro posibilidades: «i.- Si quien mata lo hace para preparar, facilitar, consumir u ocultar el robo o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentarlo, entonces, la verificación de estos elementos subjetivos distintos del dolo servirá para calificar el hecho como un homicidio *criminis causae* conforme las previsiones del art. 80, inc. 7 C.P.

ii.- Si durante el proceso ejecutivo del robo al autor le fuera atribuible una muerte, esta quedará comprendida por la figura del art. 165 C.P., sí y solo sí, se comprueba la creación de un riesgo especial de muerte derivado de la violencia o fuerza inherente al robo que se ha realizado en el resultado. En

determinados casos, la especial virulencia que lleva ínsita la ejecución del robo, genera riesgos especiales que pueden concretarse en lesiones a la vida de las personas.

Estos peligros para el bien jurídico deben ser considerados como peligros de dolo. iii.- Si resultare una muerte imputable al autor durante el proceso ejecutivo del robo, deberá apreciarse un concurso de delitos en dos supuestos. Primero, cuando se trate de un homicidio simple doloso sin ultraintención o motivación en otro delito y tampoco se advierta que aquel es una concreción del riesgo prohibido de muerte originado en la violencia del robo: en este caso habrá de acudir a las figuras contempladas en el art. 79 C.P. (o figuras agravadas del art. 80 C.P.) y el art. 164 C.P. (o figuras afines). Segundo, la solución será idéntica, pero ahora referida a las figuras del art. 84 C.P. y el art. 164 C.P. (o figuras afines) cuando, si bien exista una concreción de un riesgo especial de muerte inherente a la violencia del robo, este riesgo sea de imprudencia. iv.- Por último, puede suceder que la muerte de una persona se encuentre causalmente vinculada al comportamiento desplegado durante la ejecución del robo, pero no se compruebe ninguna de las posibilidades anteriores y, en consecuencia, la misma no pueda atribuírsele al autor, ya sea tanto en el nivel de la creación del riesgo prohibido como en el nivel de su concreción en el resultado. Estas hipótesis, dado el caso, podrán ser reconducibles a la esfera de la víctima, ser competencia de un tercero por el que no se tiene el deber de responder o, incluso, tratarse de una desgracia». Bien, ahora corresponde contrastar las instrucciones del juez técnico con el criterio referido y, a su vez, con la toma de postura del recurrente. Desde luego, en el desarrollo de las instrucciones no se lee la distinción que propuse en «Barrionuevo». Sin embargo, ello no implica que, necesariamente, estas sean censurables. Es que, cuando se orienta a los jurados sobre este tema, es decir, la distinción entre el grupo de casos abarcados por el art. 80 inc. 7 CP y el art. 165 CP, la primera herramienta teórica que debe ser puesta a disposición y explicada en detalle es la verificación de una ultra intención en el actuar (u omitir) de los coautores.

Esta frontera clasificatoria que permite sustraer del radio de aplicación del art. 165 CP a los homicidios criminis causa, ha sido correctamente explicada a los jurados. De hecho, a fs. 2398 vta. se explica que «criminis causa significa que el homicidio básico se ve agravado en su pena cuando el asesinato se produce para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar este otro delito» y acto seguido se desarrollan las nociones de intención y los hechos que deben ser probados más allá de toda duda razonable para que se verifique los elementos del homicidio calificado. Esta es la instrucción que no pueden dejar de atender los jurados para resolver el caso, al menos, en lo que respecta a la sustracción de los homicidios intencionales del ámbito de aplicación del robo calificado por homicidio. Naturalmente, se podría objetar a las instrucciones que no son minuciosas respecto a otras muertes que se pueden producir «en ocasión» del robo y no son abarcados por el art. 165 CP, tales como aquellos homicidios simples que concurren con el robo (hipótesis considerada bajo el punto iii.) o muertes no imputables al autor causalmente vinculadas con el robo (hipótesis iv.).

Sin embargo, debido a que –de acuerdo con la prueba– no estamos frente a muertes que pudieran encuadrar en tales supuestos, el veredicto no puede ser invalidado, del mismo modo que no pueden serlo las instrucciones que lo guían. En definitiva, considero que la prueba es contundente en relación con la verificación de la ultra intención requerida por el art. 80 inc. 7 CP y ésta le ha sido correctamente explicada como elemento normativo del tipo penal del homicidio calificado, excluyendo el encuadramiento jurídico de las previsiones del art. 165 CP. Por ende, el agravio defensivo debe ser descartado, tanto en el plano

teórico, en tanto propone una interpretación amplia de esta última figura que, como dije en el precedente citado, no es dogmáticamente viable, así como en el plano fáctico, pues la prueba rendida ante el jurado popular verifica una hipótesis de homicidio *criminis causa*. Ahora bien, después de criticar la aproximación del juez técnico a la distinción entre las figuras penales del homicidio *criminis causa* y el robo calificado por homicidio, la defensa pasa a su segunda crítica.

Esta vez, respecto a la aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros. En pocas palabras, se critica que el jurado se compuso de personas que tomaron conocimiento público del caso, que no fue imparcial y, por ende, que tampoco lo fue su veredicto. Así, la defensa se agravia en que, en el momento de la audiencia preliminar, el entonces defensor solicitó el cambio de jurisdicción del tribunal y dicho pedido rechazado habría atentado contra el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Sin embargo, después de citar normativa internacional y explayarse respecto a su punto de vista, no esgrime argumentos concretos sobre cómo el trato dado al caso por la prensa escrita y televisiva habría contaminado al jurado. Es que en ningún momento se explica cómo habría repercutido en concreto sobre los miembros del jurado la difusión mediática del caso. Argumentación que no puede omitirse si se pretende invalidar el veredicto del jurado. Así, entiendo que no alcanzan las referencias a la normativa internacional y la evidencia de una amplia cobertura en radio y televisión del doble homicidio.

Ello en tanto, la crítica permanece en el plano abstracto sin explicar con precisión por cuál razón uno o varios de los miembros del jurado estarían imposibilitados de dar un veredicto imparcial y razonable, configurándose así la hipótesis fáctica contemplada por el art. 2 de la Ley 9106. Más aún, cuando en las instrucciones se lee a fs. 2392 vta. que el juez técnico subrayó la improcedencia de la información externa, exhortando a los jurados a que ignoren «por completo cualquier información radial, televisiva o proveniente de periódicos, telefonía celular o internet, tales como SMS, blogs, emails, Twitter, Facebook, Instagram, etc. [...] Dichos informes y cualquier otra información externa a la sala del juicio acerca del caso no constituyen prueba [...] No sería justo decidir este caso en base a información no presentada o examinada por las partes ante este tribunal y que no forma parte de la prueba en el juicio». Asimismo, se le hizo hincapié a los jurados en que solo ellos «y no los medios de comunicación o cualquier otra persona» eran los únicos jueces de los hechos.

En conclusión, el recurso de casación incoado por la defensa de Pajón debe ser desestimado en todo espectro crítico. a.iii.- El recurso de casación incoado por los letrados defensores de Peñalbe –como pone de relieve el Procurador general y se advierte rápidamente después de la primera lectura–, es estrictamente análogo al previamente presentado por la defensa de Pajón. De este modo, considero que, más allá de los matices que existe respecto de algunos extremos criticados sobre la autoría del hecho, debe seguir su misma suerte: la desestimación. En el plano de los vicios in procedendo, la defensa de Peñalbe critica que al momento de realizar los alegatos de apertura y explicar la teoría del caso al jurado, la parte querellante y el Ministerio Público Fiscal se habrían apartado de los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio (véase supra). Como dije más arriba, de lo que aquí se trata es de una explicación oral de los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio y, al no precisarse en qué residiría la sorpresa que atentaría contra el derecho de defensa con base en lo prescripto por el principio de congruencia, debe también dejarse de lado. De hecho, el recurrente se limita a ejemplificar que la fiscalía señaló que Peñalbe había compartido calabozo con los demás coimputados, hecho que no se habría intimado.

Sin embargo, la mera mención a esta circunstancia no alcanza para hacer decaer la validez de la hipótesis de la acusación. Asimismo, tampoco son suficientes los cuestionamientos a la valoración de los testimonios brindados en sede de debate, en particular los de Miguel Tomás Martínez, Rodrigo Correas y Claudia Torres. Es que, como se explicó al momento de tratar el recurso del coimputado Pajón, no existió en el jurado impedimento alguno que le dificultara o impidiese aproximarse a las declaraciones referidas a efectos de determinar su peso probatorio en tanto pruebas de cargo. El recurrente, por otra parte, se agravia en el plano de los vicios in iudicando y realiza un planteo idéntico a la defensa de Pajón, respecto de la corrección de las instrucciones dadas por el juez técnico para encuadrar el hecho en las previsiones de los arts. 80 inc. 7 o 165 CP, por lo que las consideraciones supra realizadas son de plena aplicación. Igual de apropiada es la remisión a la refutación precedente en relación con la aplicación del art. 2 de la ley 9106 relativa a la necesidad de realizar un cambio de jurisdicción a los efectos de impedir que un jurado parcial emita un veredicto de culpabilidad. Una parcialidad que, al igual que en el caso del recurso presentado por la defensa de Pajón, tampoco ha sido demostrada. En conclusión, este recurso de casación también debe ser desestimado en su totalidad.

a.iv.- Finalmente, corresponde analizar el recurso de casación incoado por la defensa de Ávila, según el cual no se habría conseguido acreditar, más allá de toda duda razonable, la intervención de su defendido en el doble homicidio. Se argumenta a favor de esta tesitura que la acusación no probó que Ávila haya estado en el lugar de los hechos, a lo que debe agregarse que Alejandro Soto declaró que la noche del hecho el encartado estuvo en la casa de los padres de Olivarez. En esta línea, cuestiona además la declaración de la testigo Claudia Torres y califica el señalamiento que hizo de los acusados como vago, impreciso, discriminatorio y cargado de odio. Sostiene, a su vez, que es contrario al sentido común pensar su defendido después de haber cometido un crimen de tal gravedad se haya pasado tranquilo por la vereda de enfrente y descalifica la declaración de Pajón.

Finalmente, subraya que no se pudo determinar cuál fue el arma homicida y, que, si bien Ávila fue visto a plena luz del día con una maza en la mano, los peritos no afirmaron que el arma homicida hubiese sido una maza. Respecto de este recurso defensivo, se advierte rápidamente una mera discrepancia con la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal.

De hecho, la defensa no consigue explicar por cuáles razones la declaración de la testigo Claudia Torres sería vaga, imprecisa, discriminatoria y cargada de odio, del mismo modo, que no es contundente su apreciación respecto a que es inverosímil pensar que uno de los coautores del homicidio podría haber sido visto en las inmediaciones del lugar del hecho. Tales apreciaciones, expresadas al momento de los alegatos y reiteradas en esta instancia, no dejan de ser meras especulaciones realizadas al margen de la prueba rendida en autos.

Por su parte, respecto del arma homicida, si bien los peritos determinaron que las víctimas fueron golpeadas con elementos contundente que les provocaron la muerte por traumatismos, la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, basada en el hecho de que posiblemente hubiese sido la maza con la que fue visto Ávila, fue presentada al jurado a partir de la prueba rendida en sede de debate, la cual, como dije más arriba, cualitativamente es apta en tanto premisas fácticas para fundamentar el razonamiento del jurado popular.

Por último, el recurrente se agravia al considerar excesiva la exhibición de fotografías en el debate por parte del Ministerio Público Fiscal, lo cual habría sensibilizado al jurado y perjudicado a su defendido. Sin

embargo, la defensa oficial no explica debidamente cómo podrían haber influido tales fotografías en la decisión del jurado hasta transformarla en arbitraria.

Es que no basta con señalar la carga emotiva que puede acompañar la exhibición de determinados elementos de prueba en sede de debate, sino que, para anular el veredicto del jurado, sería necesario verificar que se trata de pruebas no incorporadas debidamente al juicio.

Caso que no es el de las fotografías exhibidas con los cuerpos de las víctimas, las cuales fueron ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal como pruebas y, por tanto, no se trataba de información ajena al proceso. No debe perderse de vista que los miembros del jurado popular llegan a la etapa del juicio orientados por las instrucciones diseñadas por el juez técnico, las cuales precisamente buscan que se realice una valoración objetiva de la prueba, al margen de cualquier halo de emotividad. Esto se lee a fs. 2393 de las instrucciones donde el juez técnico explicó la «irrelevancia de perjuicio o lástima», al efecto de que los jurados consideraran la prueba y decidieran el caso sin dejarse influenciar por sentimientos de perjuicio, parcialidad, miedo o lástima.

4.b. En relación con los recursos de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, entiendo oportuno remitirme a los argumentos expuestos al momento de pronunciarme en el plenario convocado sobre este tema, y a su resultado, en tanto se resolvió allí que era constitucional la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal. Por los motivos expuestos, los planteos de inconstitucionalidad formulados deben ser rechazados en esta instancia. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

Dres. Adaro y Valerio. Adhieren.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 2432/2447 vta., 2448/2465, 2466/2481 y 2482/2496 vta. por las defensas de Fernando Ariel Olivarez Navarro, Cristian Darío Pajón Retamales, Ricardo Daniel Peñalbe Ruiz y Carlos Ezequiel Ávila Chavaseaux.
- 2.- Imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas federales formuladas.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

2- GUTIERREZ y ot. 08-01-21. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														475
														476
-	PI	-	-	PPP	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	480

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446>

Lex: Art. 80 inc. 6° del CP. Ley 8465 y 8971. Ley 27375. Ley 24660. art. 32, 38, art. 41 inc. c) de la ley 9106. Art. 43 CN y 148 CM. 474, 475, 476 y 480 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Concurso premeditado de dos o más personas. Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y de penas de larga duración. Sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Summa:

El **TPC** condenó a los acusados a la pena de **veinticinco años de prisión** por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas. Declarando la Inconstitucionalidad de la Pena de Prisión Perpetua.

Interponen recurso de casación:

El **MPF** afirmó que el fallo carece de logicidad. Entendió que El TPC se apartó del procedimiento previsto por el art. 38 inc. b de la ley 9.106. No respetó la Jurisprudencia vigente de la SCJN respecto del instituto de prisión perpetua; se apartó de las disposiciones legales aplicables y convirtió la pena de PP en pena temporal contra legem; refirió que la inconstitucionalidad declarada no se refiere al caso concreto sino a una abstracción dogmática que luce como una objeción de conciencia; que la determinación de la pena efectuada se aparta arbitrariamente de la legislación y jurisprudencia vigente y del veredicto de culpabilidad, por lo que solicitó se case la Sentencia y condenen a los acusados a la pena de prisión perpetua conforme el veredicto emitido por el jurado popular.

La defensa del acusado Mariano Gutiérrez. Expresa que el jurado se apartó de las instrucciones (que son erróneas) y de la prueba. Concluyó de esta manera que la Sentencia, a consecuencia de esos vicios, resultó arbitraria, antojadiza y abusiva. Aclarando que el veredicto fue nulo. Solicito se declare la nulidad de la Sentencia y se absuelva a su defendido o en subsidio se lo condene por el delito de Encubrimiento Agravado.

La defensa de los imputados José Yáñez y Abel Yáñez, consideró excesivo el monto de la pena impuesta a sus defendidos, no guardando proporcionalidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena. También colisiona con el principio de culpabilidad por el acto; división de poderes, principio de estricta legalidad, resocializador y con la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes. Sostiene que 25 años importa negar el principio resocializador. Hace reserva del caso federal.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por el MPF y respecto de los recursos presentados por los señores defensores técnicos entendió que debe ser rechazado en lo sustancial.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación planteados por las defensas de los acusados M.A.N.G.M., J. R. Y. A. y A.A.Y.A.. Hizo lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público

Fiscal; y, en consecuencia, anuló el resolutive I.- de la sentencia, imponiéndoles a los implicados la pena de PRISIÓN PERPETUA, con costas, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS. Difiere la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad y tuvo presente la reserva del caso federal efectuada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 804, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Peteán Pocoví. 07-02-2020: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Lobos Gras. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Puente Cuello. 28-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180528_FcPCL.pdf
- Ordóñez Guzmán.
- Vidal Serafín. 11-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf
- Val Cáseres. 04-10-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcVal.pdf
- Ibáñez Benavídez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Chacón Arroyo. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcCAY.pdf
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Gutiérrez Fernández. 24-09-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Arzuza. 16-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf

b-CSJN

- Chueke.
- Gigena.
- Maldonado.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5970071>
- Cirigliano.
- Ortiz Morel.
- Ledesma Ahumada.
- control de constitucionalidad de oficio (Fallos 306:303, voto de los Dres. Fayt y Belluscio; y Fallos 327:3117)
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarTomoPagina.html?tomo=306&pagina=303>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarTomoPagina.html?tomo=327&pagina=3117>
- Álvarez Guillermo.
- Mazzeo. 2007
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6305031&cache=1691784066191>

- Fallo 330:3248

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6305031&cache=1691784066191>

- Videla, Jorge Rafael y Massera. 31-08-10.
- Rodríguez Pereyra.

Parágrafos destacados.

voto Dr. Valerio.

Tal como fue señalado por esta Sala en **«Petean Pocoví»**, el CPP –de aplicación supletoria– exige lo propio al requerir para la interposición de un recurso fundado en un **vicio in procedendo**, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron.

“Disponer que los jueces al momento de imponer condena **no podrán exorbitar su competencia** expidiéndose acerca del **régimen de ejecución de la pena**, en tanto es atribución privativa inicialmente de los jueces penales de primera instancia en función de ejecución penal”.

voto del Dr. Palermo

“... exigir una especial motivación a las partes del **pedido de inconstitucionalidad** cuando el juez o jueza la puede declarar de oficio supone, de algún modo, limitar esa facultad y de ese modo afectar de manera mediata la garantía de independencia que caracteriza nuestro sistema de justicia, que tiene por finalidad asegurar que jueces y juezas ejerzan su función de manera autónoma, no sólo del poder político y los poderes fácticos. sino también del poder interno del propio sistema de justicia”.

“En efecto, afirmar que **la inconstitucionalidad de una ley solo puede ser declarada cuando las partes lo solicitan fundadamente, aparece como una limitación indirecta** a las atribuciones jurisdiccionales sobre las que esta Suprema Corte de Justicia no puede tener injerencia”

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia parcial -la admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad-)

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04876349-3/1((018601-58840)) F C/ GUTIERREZ MARIANO ALAN NICOLAS, YAÑEZ ASTORGA JOSE RAFAEL, YAÑEZ ASTORGA ABEL AUGUSTO P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSIA Y POR EL CONC. PREMED. (58840) (58840/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104960369*

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-04876349-3 caratulada "F. c/ GUTIÉRREZ, MARIANO ALAN NICOLÁS; YAÑEZ ASTORGA, JOSÉ; YAÑEZ ASTORGA, ABEL AUGUSTO P/ HOMICIDIO AGRAVADO (...) S/ CASACIÓN".

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

El representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 1359/1364, la defensa del acusado Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla a fs. 1365/1376 vta. y la defensa de los imputados José Rafael Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga a fs. 1377/1386 y vta., formulan recursos de casación contra la sentencia N° 804 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a los acusados a la pena de veinticinco años de prisión por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6° del CP), delito que se les atribuyó en la presente causa N° P-58.840/17.

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

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla, José Rafael Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró a los acusados culpables del hecho que se le atribuyó según la calificación que al mismo asignó el Ministerio Público Fiscal (MPF). En este sentido, según la acusación «el señor Juan Leonardo Lucero, una persona que tenía 27 años al momento de su muerte, (...) se encontraba en pareja con Gemina Lorena Infante. Lucero se dedicaba a cuidar vehículos dentro de nuestra ciudad, Lucero tenía problemas de adicciones y había tenido inconvenientes con los hermanos Yáñez, que son dos de los acusados en esta causa. El hecho [...] ocurrió el día 10 de julio de 2017, aproximadamente a las cinco de la mañana en las inmediaciones del domicilio de los hermanos Yáñez que está ubicado en calle Bernardo Ortiz 408 esquina Álvarez Thomas del departamento de Godoy Cruz, Mendoza, oportunidad en la que Abel Yáñez, José Rafael Yáñez y Mariano Gutiérrez interceptaron a la víctima. La ingresaron al mencionado domicilio, donde comenzaron a golpearla. Lo golpearon con un elemento contundente en la cabeza, dejándolo en un estado total de indefensión, para posteriormente introducirlo en una valija y trasladarlo los tres en un vehículo Ford Fiesta Max dominio KQY887 conducido por Mariano Gutiérrez, hasta el canal colector Los Cerrillos, ubicado en calle Dique Los Nihules de Godoy Cruz, donde lo prendieron fuego ocasionando de esa manera la muerte de Lucero» (ver alegato apertura, min. 01:54 a 03:37). En tanto resulta relevante para la resolución de dos de los recursos interpuestos, corresponde reseñar que la sentencia impugnada hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de la pena

de prisión perpetua que formuló la defensa. A fs. 1310/1322 el juez a quo abordó la tercera cuestión, donde resolvió el planteo de la defensa mediante ciertas consideraciones generales, que fueron sucedidas por cinco apartados. En el primero realizó un grupo de consideraciones sobre el juicio por jurados; en el segundo analizó la tarea de control de constitucionalidad y convencionalidad, en el que incluyó precisiones sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia y análisis de precedentes; y en el tercero explicó los motivos por los cuales hizo lugar al planteo de la defensa. En ese apartado, motivó su decisión en razones asentadas sobre principios convencionales, constitucionales y otros principios jurídicos. En el apartado cuarto abordó el problema de la escala penal, y en el quinto realizó la determinación de la pena en concreto.

2.- Recursos de casación

a. Recurso del Ministerio Público Fiscal

El titular de la Jefatura Fiscal de las Unidades Fiscales de Homicidios, Violencia Institucional y Sustracción de Automotores de la Primera Circunscripción Judicial funda su impugnación contra la sentencia aludida en las previsiones de los arts. 474 inc. 1, 475, 476 inc. 3° y 480 del CPP.

Las críticas pueden ordenarse del modo que sigue:

- 1) El juez a quo declaró la **inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua** y difirió la aplicación de la sanción para una audiencia de cesura a practicarse con posterioridad, apartándose del procedimiento previsto por el art. 38 inc. b de la ley 9.106 e interpretando arbitrariamente la ley de fondo y de rito. Además, la audiencia de cesura devino abstracta porque las partes no ofrecieron pruebas a los fines de la determinación judicial de la pena. El magistrado empleó dicha audiencia para mejorar sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, una vez precedida la etapa procesal para hacerlo
- 2) Es errada la afirmación de la sentencia según la cual es injustificada la diferencia de trato jurídico respecto a quienes se les permite el acceso a una determinación judicial de la pena y a quienes no, puesto que la Constitución Nacional se refiere a igualdad entre iguales. No puede asimilarse la situación de las penas perpetuas con las temporales porque el legislador ha determinado, a través de diferentes tipos penales, distintas soluciones jurídicas para cada caso en función de las facultades monopólicas que la Constitución Nacional le concede exclusivamente al Congreso de la Nación.
- 3) Los argumentos del a quo para afirmar que la pena de **prisión perpetua es irracional** difieren con la *communis opinio* vigente, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido en los **precedentes «Chueke», «Gigena» y «Maldonado»** que, tal como se encuentra regulada en el derecho nacional, la pena de prisión perpetua está dentro de las atribuciones de política criminal que la Constitución Nacional reserva al Congreso, y que no hay nada en el derecho internacional de los derechos humanos que conduzca a negar de pleno esa facultad.
- 4) El a quo tuvo en cuenta en su decisión los **principios de legalidad ejecutiva, culpabilidad y proporcionalidad**. Sin embargo, se apartó de las disposiciones legales aplicables y convirtió a la pena de prisión perpetua en una pena temporal contra legem.

Ello, a pesar de tratarse la declaración de inconstitucionalidad de una norma un acto de gran envergadura institucional y en contraposición con pronunciamientos de la CSJN que destacan que el principio de separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (con cita de Fallos 333:866, 338:488 y del precedente **«Cirigliano»**).

5) La sentencia expone como puntos de inconstitucionalidad la vigencia de **las leyes 8.465 y 8.971 que excluyen de los beneficios propios de la progresividad del régimen penitenciario** a los condenados por el art. 80 del CP.

El recurrente critica que ello debe ser resuelto en cada caso concreto, **cuando se torne cierta la afectación del derecho en cuestión** y pueda demostrarse que de alguna manera la perpetuidad de la pena amenaza con volverse tal, e incluso una vez que resulten denegados los beneficios que admite el art. 10 del CP. Afirmar actualmente acontecimientos que producirían eventualmente efectos en, al menos, veinte años, pone al descubierto la arbitrariedad del fallo. Ello, pese a reconocer que los condenados no serán alcanzados por la **ley 27.375** dada la irretroactividad de la ley penal. De modo que la inconstitucionalidad declarada no se refiere a la situación concreta de cada condenado, sino a **una abstracción dogmática** e intelectual del juez, que luce más como una objeción de conciencia frente a la prisión perpetua, que a la causa concreta.

6) La decisión, además, invade la jurisdicción que por ley corresponde a los **jueces de ejecución penal**.

7) La declaración de inconstitucionalidad se funda parcialmente en la **falta de acceso a la libertad condicional** en tanto hacer depender su procedencia de un pronóstico de resocialización significa una vulneración de la dignidad humana.

El recurrente cuestiona este argumento, por cuanto la evaluación de los requisitos de concurrencia del art. 13 del CP para obtener la libertad condicional no puede quedar librada a la autoevaluación del interno, sino a organismos técnicos como lo prevé la ley de ejecución penal.

Es erróneo afirmar que el condenado no tiene control sobre ellos, pues todo el sistema de ejecución está supeditado al control jurisdiccional mediante vías recursivas.

Además, la resocialización es el fin primario establecido en el **art. 1 de la ley 24.660** y no podría operar de otro modo sin desconocer la autodeterminación del sujeto, presupuesto del que se vale el derecho penal para reprochar la comisión del injusto penal.

8) A pesar de las condiciones del encierro y de los insuficientes programas de resocialización, no se ve vulnerada la dignidad humana, o -en todo caso- es vulnerada en la misma medida que la educación, la salud pública y los servicios básicos, insatisfechos respecto de todos y cada uno de los ciudadanos, incluso los que no han delinquido.

9) La determinación de la pena efectuada se aparta arbitrariamente de la **legislación y jurisprudencia** vigente y del veredicto de culpabilidad, pues declarara forzosamente la inconstitucionalidad de la prisión perpetua y se aparta de los supuestos previstos por el art. 38 de la ley 9.106.

El juez, de ese modo, se transforma en legislador, crea un tipo penal judicial y genera imprevisibilidad e inseguridad jurídicas. La pena de prisión perpetua tiene noventa y ocho años de vigencia y nunca ha sido puesta en crisis como pena de los homicidios agravados, siendo muy escasa la jurisprudencia y opiniones en contrario.

10) La prisión perpetua no es inconstitucional porque no impide la resocialización de la persona y guarda correlato con el hecho cometido. Refiere así que esta Corte ha sostenido que **la proporcionalidad de la pena es competencia del legislador**, que no es inconstitucional una pena fija cuando guarda proporción con la gravedad del hecho –motivo por el cual la Constitución ni los tratados internacionales prohíben esa pena–, y que pese a su duración no vulnera ninguna garantía o principio (con cita de «Ortiz Morel» y «Ledesma Ahumada»).

Agrega que la CSJN se ha expedido recientemente sobre el punto en «Álvarez, Guillermo» donde se pronunció por la constitucionalidad del instituto. En base a las razones descriptas, el representante del

Ministerio Público Fiscal afirma que el fallo carece de logicidad y solicita se case la sentencia y condene a los acusados a la pena de prisión perpetua conforme al veredicto emitido por el jurado popular. Por su parte, solicita el tratamiento en pleno de la cuestión, con fundamento en los arts. 144 inc. 3° y 161 de la Constitución de Mendoza. b. Recurso de la defensa de Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla A su tiempo, la defensa particular de Gutiérrez Mansilla impugna la sentencia con base en las previsiones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Solicita la revisión integral de los hechos, del derecho aplicado y de la prueba producida en el debate, y expresa que del hecho de que el jurado popular no motive su decisión no se sigue una eximente a los jueces de alzada de verificar –mediante un recurso amplio– la existencia de razones objetivas que permitan arribar a una sentencia condenatoria. Solicita la nulidad de la sentencia o, subsidiariamente, que sea casada y se absuelva a su defendido, o se lo condene por el delito menor de encubrimiento agravado (art. 277, apartado 3 inc. a del CP).

En este orden, se agravia de que:

- 1) el jurado se apartó abiertamente de las instrucciones impartidas por el juez acerca de la presunción de inocencia, de la carga probatoria, el concepto de duda razonable y de los extremos que debían tenerse por establecidos para dar por cierta la hipótesis acusatoria;
- 2) el jurado se apartó de la prueba producida en el debate para llegar a un veredicto condenatorio, cuando lo vertido en el debate impedía que se arribase a una conclusión como la impugnada;
- 3) la sentencia, a consecuencia de esos vicios, es arbitraria, antojadiza y abusiva, producto del puro voluntarismo del jurado pues carece de logicidad, sentido común, congruencia, razonabilidad y de un análisis detallado de las constancias de la causa, lo que implica que se haya visto vulnerado el derecho de defensa del acusado y el debido proceso;
- 4) el veredicto es nulo pues el jurado fue contaminado; y,
- 5) las instrucciones son erróneas. Para sostener esos agravios, la defensa afirma que la versión del hecho de Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla no se ha visto superada por la prueba de cargo. Según esta versión del hecho, el acusado se encontraba durmiendo en su casa cuando fue a buscarlo, por la tarde, Rafael Yáñez para hacer un flete, habiendo coordinado que estaría en el lugar acordado entre las 19 y las 19.30 horas. A esa hora, Rafael Yáñez y Abel Yáñez lo esperaban y le cargaron en el baúl de su vehículo – un Ford Fiesta– un bulto que consistía en una valija de importante tamaño, con rueditas, solicitándole que lo llevara hasta el Barrio Los Toneles. Según su versión, «[p]revio a dirigirse al lugar por ellos señalado, pasaron por la estación de servicio del Puente Olive y le solicitaron la llave del baúl donde sacaron un bidón y le cargaron nafta, para luego partir hacia el lugar antes señalado, donde al llegar al mismo detuvo su vehículo, los hermanos Yáñez descendieron, bajaron la valija y con el bidón partieron a pie desconociendo Mariano Gutiérrez hacia dónde se dirigían, regresando al vehículo como a los diez minutos dirigiéndose a un bar de la calle San Martín donde permanecieron hasta altas horas de la madrugada y donde le comentaron efectivamente de lo que había pasado y le entregaron en pago una cantidad de droga por el viaje realizado, ya que reconoció ser poliadicto de varias sustancias, 100 pesos y un celular al que le agregó un chip que él tenía en su poder» (recurso, fs. 1372 vta.). El acusado también expresó que los hermanos Yáñez habían tenido problemas con un sujeto la noche anterior, que les había robado en otra oportunidad, y que le habían pegado, torturado hasta matarlo y que ese era el bulto que transportaban en la maleta. Señala que Gutiérrez no tuvo nada que ver con esa muerte y ello es algo que, según su criterio, se ve corroborado por las siguientes pruebas: a) el testimonio de las vecinas de los hermanos Yáñez, Miriam Raquel Dona y Paula Camargo, que sintieron ruidos la noche de los hechos

provenientes de la calle en dirección a la casa de los Yáñez, de una persona que pedía auxilio y aludía a dos o más personas, por lo que llamaron al 911. Esto corroboraría el lugar indicado por Gutiérrez; b) Guillermo Granados, de Policía Científica, concurrió al lugar donde fue hallado el cuerpo de la víctima calcinado y observó huellas de calzado, y no encontró huellas de auto, aunque se podía acceder en vehículo. Esto corroboraría el punto de la declaración según el cual Gutiérrez se quedó alejado; c) Claudia González, de Policía Científica, inspeccionó el auto de Gutiérrez y encontró manchas carbonosas en el baúl y en unas zapatillas; d) Jesús Cepeda, subcomisario a cargo de la División Escuchas de la Policía de Mendoza, explicó cómo comenzó la investigación y dijo que en el teléfono de la víctima la primera llamada con un nuevo chip fue el día 11 de julio a las 9.30 horas acreditando el horario manifestado por Gutiérrez cuando los Yáñez le entregaron el teléfono; e) Marcos González, de Policía Científica, inspeccionó el auto de Gutiérrez y la propiedad de los Yáñez y determinó la existencia de manchas de sangre en ambos lugares, aunque el cotejo de ADN arrojó resultado negativo; f) La doctora Herrera, médica del CMF, determinó la presencia de heridas cortantes y lesiones en el cráneo que se condicen con las descriptas por Gutiérrez; g) Florencia Ochipini, pareja de la víctima, conocía a los Yáñez y tenía mal concepto de ellos, pero no conocía a Gutiérrez; h) Fabiana Muzzio, amiga de la familia Yáñez, habló con una de las hijas de Rafael al día siguiente del allanamiento y ésta le comentó que la noche anterior había habido un problema con un sujeto que ya les había robado, sin mencionar a Gutiérrez. A partir de estas pruebas la defensa afirma que la decisión es arbitraria. En punto al agravio relativo a la nulidad del veredicto por contaminación del jurado, el defensor afirma que durante el debate el fiscal esgrimió una fotografía que mostraba a la víctima con los golpes recibidos en la cabeza, con la sola finalidad de confundir al jurado. En cuanto al alegado error en las instrucciones, afirma que resulta cuestionable la instrucción general sobre «duda razonable» y de las instrucciones particulares sobre «intención de dar muerte», pues no se efectuaron precisiones para diferenciar el dolo en el homicidio y el dolo que también existe a nivel de tipicidad en un caso de encubrimiento. Agrega que, entre las opciones al jurado, se colocó en primer lugar la hipótesis del homicidio agravado. Realiza reserva del caso federal. c. Recurso de la defensa de Juan Rafael Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga La defensa particular de los acusados Yáñez Astorga formula recurso de casación por considerar excesivo el monto de pena impuesto a sus defendidos, pues a su juicio no guarda relación con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena. Sostiene que los mismos argumentos que empleó el juez para sostener la inconstitucionalidad de la prisión perpetua son aplicables al monto de pena impuesto. Afirma que la pena es excesiva y colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, la división de poderes, el principio resocializador, el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes. Sostiene que el monto de veinticinco años importa negar el efecto resocializador impidiéndole al condenado reintegrarse a la sociedad, y que se asemeja prácticamente a la prisión perpetua. Por ello, refiere, es también inhumana, desproporcional e irrazonable. Solicita que se tenga en cuenta la edad, educación, costumbres y antecedentes penales de los acusados. Si bien el mínimo de ocho años –explica– no es procedente, lo justo sería una pena de entre doce y quince años de prisión. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantuvo el recurso planteado por el Fiscal Jefe de las Unidades Fiscales de Homicidios, Violencia Institucional y Sustracción de Automotores de la primera circunscripción. En oportunidad de dictaminar sobre las impugnaciones formuladas, se pronunció en primer lugar por la admisión formal de todas ellas, en tanto cumplen los requisitos procedimentales pertinentes. En relación

al recurso formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, consideró que el mismo debe proceder también en el fondo y que debe casarse la sentencia atacada, remitiéndose a los argumentos del recurrente.

Respecto de los recursos de la defensa, afirma que en autos se aplicó debidamente el art. 33 de la ley 9.106, plasmándose las instrucciones impartidas al jurado en forma verbal y escrita. Sobre el recurso de la defensa de Gutiérrez, sostiene que el mismo se trata de una discrepancia con el veredicto del jurado en punto a la valoración probatoria. Entiende al respecto el Procurador General que las cuestiones de prueba fueron debidamente informadas al jurado, conforme surge de la instrucción N° 6 sobre la forma de valorar prueba y la declaración del acusado. Así, puede afirmarse, a su juicio, que el jurado dictó su veredicto luego de apreciar debidamente el plexo probatorio, contemplando la exposición de las pruebas de cargo y descargo a la luz de las instrucciones brindadas. En cuanto a la exhibición de fotografías por parte del fiscal, explica que las mismas integraban pruebas del juicio y no se trató de imágenes o pruebas ajenas al proceso. Por tales motivos, recomienda el rechazo de la impugnación. En cuanto al recurso planteado por la defensa de Juan y Abel Yáñez Astorga, considera que el mismo no puede prosperar en razón de que el jurado popular encontró a los acusados culpables del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6° del CP), que prevé la pena de prisión perpetua. Los argumentos que expuso el fiscal en su recurso resultan aplicables para rechazar la impugnación defensiva.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a las consideraciones que efectuaré a continuación– a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante fiscal y rechazar los formulados por los acusados Rafael Yáñez Astorga, Abel Yáñez Astorga y Mariano Gutiérrez.

A los efectos de alcanzar una decisión debidamente fundada, principiaré por el análisis del recurso de casación que interpuso la defensa de Mariano **Gutiérrez** (a). Luego me ocuparé del recurso planteado por la **acusación** (b) y, finalmente, daré tratamiento a la impugnación de la defensa de los hermanos Rafael y Abel **Yáñez** Astorga (c)

a.- Recurso de casación de la defensa de Mariano Alan **Gutiérrez**

Tal como anticipé al comienzo de este voto, considero que el recurso de casación de la defensa de Mariano Alan Gutiérrez tampoco puede ser acogido en esta instancia. Veamos.

La impugnación pretende demostrar la existencia de **vicios in procedendo e in iudicando** en la sentencia. Afirma que el jurado **se apartó abiertamente de las instrucciones** –que tacha de erróneas– y de la prueba producida en el debate, por lo que la sentencia es arbitraria y vulneratoria del derecho de defensa y el debido proceso, y el veredicto es nulo pues el jurado fue contaminado –ver reseña del recurso en el punto 2.b de este voto–.

En primer lugar, las críticas relativas al contenido de las instrucciones impartidas al jurado no pueden ser acogidas por esta instancia en razón de que la **defensa no se opuso, oportunamente, al contenido de ninguna de ellas.**

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

El registro permite conocer en detalle la discusión llevada a cabo entre las partes ante el juez, y de su compulsión se advierte que la defensa **no se opuso** a ninguna de las instrucciones que luego fueron impartidas –v. registros del día 07/08/19 de las audiencias llevadas a cabo a partir de las 03:47 pm y 06:00 pm–.

Cabe señalar que, conforme a lo dispuesto por el **art. 41 inc. c) de la ley 9.106**, las instrucciones constituyen motivo de casación cuando se hubieran cuestionado oportunamente, criterio que también se encuentra previsto en el **art. 32** de la mencionada ley por cuanto dispone, en relación a las instrucciones para la deliberación y el veredicto, que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus **disidencias u oposiciones** para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]».

Tal como fue señalado por esta Sala en **«Petean Pocoví»**, el CPP –de aplicación supletoria– exige lo propio al requerir para la interposición de un recurso fundado en un **vicio in procedendo**, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron.

Sin embargo, y más allá de esta cuestión procedimental, lo cierto es que la defensa tampoco ha planteado cuestionamientos que permitan la revisión de este Tribunal, pues se ha limitado a mencionar **agravios de manera genérica y global, sin concretarlos**.

En este sentido, afirma que resultan cuestionables las instrucciones sobre «duda razonable» e «intención de dar muerte», esta última porque no se efectuaron distinciones entre el dolo homicida y el dolo de encubrimiento, y que, entre las opciones al jurado se colocó en primer lugar la hipótesis del homicidio agravado.

Respecto a la instrucción general **sobre «duda razonable»**, la revisión de las constancias de fs. 1297 da cuenta de una clara explicación de la noción en cuestión, que se ve reforzada por las indicaciones sobre cuestiones probatorias.

Debe tenerse presente que las instrucciones iniciales son generales y pretenden poner al tanto al jurado de los principios que rigen el enjuiciamiento penal –sin que se advierta falencia alguna en el caso–, y que esa noción fue reiterada y profundizada en las instrucciones finales –v. fs. 1303–.

En cuanto a la **instrucción particular** sobre «intención de dar muerte», no se advierte como necesaria –y la defensa no ha justificado– su diferenciación con el elemento subjetivo del delito de encubrimiento.

Lo mismo ocurre respecto al orden de las opciones.

Tampoco la objeción según la cual el jurado se apartó de las instrucciones puede tener acogida favorable. El cuestionamiento no encuentra asiento probatorio alguno y aparece como una mera especulación de la defensa.

En tales términos, el agravio no constituye más que la expresión de desacuerdo de parte con las conclusiones a las que arribó el jurado popular, sin sustento alguno.

En segundo orden, y en punto a los cuestionamientos sobre la valoración probatoria llevada adelante por el jurado popular, corresponde señalar que el agravio formulado por la defensa no resulta suficiente para controvertir el veredicto emitido en autos.

El veredicto solamente puede ser impugnado en punto a la valoración probatoria cuando sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate –**art. 41 inc. d) de la ley 9.106**–.

No es esto lo que ocurre en el caso, en el cual la esmerada enumeración de elementos de prueba efectuada por la defensa –permítaseme la remisión al punto 2.b de este voto, en el que detallé esto– no pretende demostrar una valoración probatoria irrazonable por parte del jurado, sino la corroboración de

la versión de los hechos aportada por Mariano Alan Gutiérrez, que no es incompatible con la teoría del caso de la acusación.

La explicación de los hechos que la defensa pretende corroborar introduce a Gutiérrez en el suceso una vez que los hermanos Yáñez Astorga ya habían atacado a la víctima y lo convocaron para hacer un flete – en el que pretendían trasladarse para deshacerse de Lucero–.

La intervención de Gutiérrez en el hecho sería accesoria y no principal, como propone el Ministerio Público Fiscal en la acusación.

Según la Fiscalía, Gutiérrez había estado presente en el lugar en que este fue capturado y golpeado, y formó parte del concurso premeditado con los hermanos Yáñez Astorga.

Ahora bien, que la versión de Gutiérrez se vea corroborada por las pruebas que invoca la defensa no resulta suficiente para contradecir la teoría del caso que el jurado tuvo por acreditada.

Para decirlo en términos claros: sin perjuicio de que eventualmente asista razón a la defensa cuando sostiene que todas las pruebas confirman la versión de Gutiérrez, ésta no permite desincriminarlo.

Puede ser verdadero todo su relato, y aun así haber tomado parte en el hecho del que se lo acusa pues ninguna de las pruebas enumeradas contradice la versión según la cual estuvo presente en la casa donde se atacó a Lucero.

Veamos esto con más detalle, en el orden expresado por la defensa, al que he hecho remisión.

a) Del hecho de que el testimonio de las vecinas que llamaron al 911 –porque escuchaban pedidos de auxilio en la casa de los hermanos Yáñez Astorga– corrobore el lugar indicado por Gutiérrez, no se sigue que éste no se haya encontrado allí.

b) La declaración del perito Guillermo Granados –que observó huellas de calzado, pero no de auto en el lugar donde incineraron a Lucero– no implica que Gutiérrez se quedara alejado –supuesto que, además, la Fiscalía contradice con las zapatillas con restos carbonosos en el baúl de su auto–.

c) La defensa no explica por qué la declaración de la perita Claudia González –que peritó el vehículo de Gutiérrez y encontró zapatillas con restos carbonosos en la parte inferior, y peritó el cuerpo de la víctima y lo encontró en una posición de «defensa y dolor»– deslindaría de responsabilidad a Gutiérrez.

d) Del hecho de que la pericia sobre el teléfono de la víctima corrobore el horario manifestado por Gutiérrez respecto al momento en que los Yáñez le entregaron el teléfono, no se sigue ninguna afirmación respecto a su intervención en el hecho.

e) Lo mismo ocurre en relación a la pericia negativa sobre los restos hemáticos encontrados en el vehículo de Gutiérrez, pues la intervención de los hermanos Yáñez Astorga en el homicidio de Lucero es incluso parte de la versión de Gutiérrez.

f) Que las heridas cortantes y lesiones en el cráneo de Lucero se condigan con las descritas por Gutiérrez, nada implica respecto de su intervención.

g) Que la pareja de la víctima conociera a los Yáñez y tuviera mal concepto de ellos, pero no conociera a Gutiérrez, no proporciona una coartada a este último.

h) Por último, que la testigo Fabiana Muzzio – testigo de oídas– no mencionara Gutiérrez, tampoco lo desincrimina.

El agravio no puede, en definitiva, ser acogido en esta instancia.

Debe quedar claro que no se trata de colocar al acusado en posición de acreditar su inocencia -lo que sería absolutamente contrario a nuestro sistema constitucional-, sino de señalar que la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal permite al jurado razonablemente tener por acreditada la teoría del caso acusadora y declarar la culpabilidad de Gutiérrez. Entre esa prueba, se destaca:

- a) las llamadas al CEO que daban cuenta de dos o más personas atacando a otra;
- b) la escucha telefónica de la conversación entre Antonieta Bonamico (entonces pareja sexual de Gutiérrez) y de Giovanni Maquiavelo (su mejor amigo) en la que hablaban de la participación del acusado en la muerte de una persona; y
- c) las zapatillas con restos carbonosos encontrados en el baúl de su auto, así como los restos carbonosos y las manchas hemáticas en el baúl y el habitáculo.

Además, la Fiscalía aportó una serie de indicios que corroboran su teoría del caso:

- a) el nexo relacional entre Gutiérrez y Rafael Yáñez, quien era su ex cuñado;
- b) las presiones a las que fue sometida Bonamico por familiares de Gutiérrez para que modificara su declaración;
- c) el hecho de que Gutiérrez dijera haber usado el teléfono de la víctima porque no tenía uno, pero haber tenido una tarjeta SIM a mano al recibirlo; y
- d) la escasa plausibilidad de que los hermanos Yáñez Astorga, con quienes dice no tener relación, le hubieran contado el homicidio cometido si no lo conocían y era adicto a estupefacientes.

A esta instancia no le está encomendada la tarea de superponer la propia valoración probatoria a la del jurado, sino someter a control de razonabilidad la que éste lleva adelante.

Sin perjuicio de que la versión que aporta Gutiérrez pueda ser verdadera, lo cierto es que el jurado popular constituido en autos ha tenido por acreditada la teoría del caso de la fiscalía y ha declarado culpable al recurrente, sin que se advierta arbitrariedad o apartamiento manifiesto de la prueba.

Dicho en otras palabras, a mi juicio no se verifica la insuficiencia probatoria invocada por la defensa.

En tercer lugar, y en relación con el agravio relativo a la nulidad del veredicto por contaminación del jurado, el defensor afirma que durante el debate el fiscal esgrimió una fotografía que mostraba a la víctima con los golpes recibidos en la cabeza, con la sola finalidad de confundir al jurado.

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

Por otra parte, la defensa no ha aportado criterios que permitan determinar si las imágenes en cuestión son o no susceptibles de causar impresión al jurado y en el caso de hacerlo si fueron esenciales con relación a la decisión que cuestionan.

Por las razones expuestas, considero que el recurso de casación planteado por la defensa de Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla a fs. 1365/1376 vta. debe ser rechazado.

b.- Recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

Preliminarmente, en relación con la declaración de inconstitucionalidad realizada por el a quo, se advierte en esta instancia que el planteo formulado en la etapa de debate por la defensa no reunía los extremos de admisión que exige la gravedad institucional implicada en el control de constitucionalidad (v. «Puente Cuello», «Lobos Gras», entre otros).

Sin perjuicio de ello, en punto al recurso planteado por el representante fiscal debe señalarse que la cuestión ha sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia en el acuerdo plenario que tramitó bajo el expediente N° CUIJ 13-05365349-3/1 caratulado «Incidente en autos F. c/ Ibáñez Benavídez, Yamila M. y Ortiz Rosales, Maximiliano E. p/ Homicidios calificados (159312) p/ Plenario».

En aquella resolución el **acuerdo plenario sostuvo la constitucionalidad de la prisión perpetua** en base a motivos a los que corresponde remitir en honor a la brevedad.

En tanto las razones allí esgrimidas son trasladables al caso ahora en tratamiento, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal, anular la decisión pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado en punto a la validez constitucional de la pena de prisión perpetua y a la determinación de la pena en el caso concreto, y remitir las actuaciones al Tribunal de origen a los efectos de que, de conformidad con lo dispuesto por el art. **38 de la ley 9.106**, imponga la pena.

c.- Recurso de casación de la defensa de Rafael Yáñez Astorga y Abel Yáñez Astorga

Esta impugnación –reseñada con mayor detalle en el apartado 2.c de este voto, al que remito–, se basa en la afirmación de que las mismas razones invocadas por el juez a quo para declarar inconstitucional la pena de prisión perpetua deberían conducir a la inconstitucionalidad de una pena de larga duración como la de 25 años de prisión impuesta.

Para sostener esta idea, refiere la defensa que esa pena es excesiva e impide a los condenados reintegrarse a la sociedad, por lo que es inhumana, desproporcional, irrazonable, excesiva y contraria a los principios de culpabilidad por el hecho, de división de poderes, de resocialización, de estricta legalidad y a la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

Cierra su presentación con la petición de que se tome en consideración la edad, educación, costumbres y antecedentes penales de los acusados, y sugiere una pena de entre 12 y 15 años de prisión.

El recurso no puede ser acogido en esta instancia.

Las razones me convencen de ello pueden reconducirse a tres. La primera se vincula a la escasa capacidad crítica de la impugnación, contrastada con los fundamentos de la resolución que impugna.

La segunda, a una cuestión estrictamente formal: la falta de planteamiento oportuno de los argumentos que ahora emplea para cuestionar la decisión.

Por último, encuentro una imposibilidad sustancial de trasladar las razones que el a quo invocó para declarar inconstitucional e inconvencional la prisión perpetua a la pena que efectivamente aplicó. Veamos.

En primer lugar, y desde el punto de vista estrictamente formal, se advierte que la impugnación formulada por la defensa no plantea –en puridad– críticas contra la sentencia, sino que le cuestiona el haber limitado la declaración de inconstitucionalidad a la prisión perpetua y no haberse extendido también a las penas de larga duración.

El planteo no incluye análisis alguno de los numerosos principios que enumera, ni justifica por qué alguno o todos ellos permitirían cuestionar ese tipo de penas.

Tampoco explica qué entiende bajo la noción de «penas de larga duración»: el recurso no asume ningún esfuerzo argumentativo por demostrar errores lógicos en la sentencia.

Formulada en estos términos, la crítica no pasa de ser la manifestación de una posición diversa a la del juzgador, pues ni siquiera expresa discrepancia con sus fundamentos ni interpretación normativa.

Hecha esta observación formal debo, en segundo lugar, señalar que a mi juicio resulta un dato relevante el hecho de que la defensa no haya planteado esta solicitud oportunamente.

En efecto, luce contradictorio que durante el debate la defensa de los hermanos Rafael y Abel Yáñez Astorga haya solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, sin incluir en su petición a las «penas de larga duración» –v. registro audiovisual II audiencia del día 08/08/19, min. 08:53 y ss.–, que luego el juez a quo haya hecho lugar a su planteo y abierto una audiencia de cesura, y que en esta instancia la defensa pretenda extender el alcance de su petición originaria.

Petición que, corresponde anotar, fue formulada escuetamente y sin analizar ninguno de los principios que invoca en esta instancia.

También es contradictorio que, una vez que el juez a quo accedió a su petición y fijó fecha de **audiencia de cesura de juicio** para ofrecer prueba y litigar la pena concreta que correspondía aplicar a sus defendidos, la defensa no haya argumentado nada en torno a ello.

Que en esta instancia proponga criterios para determinar la pena, resulta entonces **extemporáneo**.

Sin embargo, estas dos primeras razones son exclusivamente formales.

Un tercer motivo, de orden sustancial, me convence de la suerte adversa de la impugnación: el argumento esgrimido **no resulta razonable**.

La idea central que defiende el recurrente es que las mismas razones que conducen a declarar inconstitucional la pena de prisión perpetua, deberían implicar la **inconstitucionalidad de las penas de larga duración**.

En la resolución plenaria a la que se hizo referencia en el apartado anterior esta Suprema Corte de Justicia se expidió en relación a la constitucionalidad de la prisión perpetua. Aquellas consideraciones resultan enteramente aplicables al presente caso y determinan el rechazo de la impugnación.

En definitiva, el recurso de casación planteado por la defensa de Rafael Yáñez Astorga y Abel Yáñez Astorga no resulta procedente en esta instancia, debiendo como consecuencia de ello confirmarse la sentencia también en este punto. ASÍ VOTO.

Dres. Adaro y Palermo. Adhieren. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que comparto la solución a la que llega mi colega de Sala en el voto preopinante. Sin embargo, disiento con las consideraciones vertidas en relación a la admisibilidad formal del planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua que oportunamente efectuara la defensa de los imputados.

Si bien se trata de una cuestión que no es central respecto al objeto del recurso, entiendo que la misma puede tener a futuro una especial trascendencia institucional, de modo que corresponde que me pronuncie sobre este aspecto del voto de mi colega preopinante.

La idea expresada en el voto preopinante con la que no estoy de acuerdo se vincula con el control de constitucionalidad que requeriría, según esta opinión, un planteamiento fundado de las partes.

Ello se desprende de la siguiente expresión: “se advierte en esta instancia que el planteo formulado no reunía los extremos de admisión que exige **la gravedad institucional** implicada en el control de constitucionalidad”.

Aunque no lo dice de manera expresa, se entiende que si la petición fue infundada debe ser inadmitida.

La cuestión de algún modo está vinculada a la parte resolutive del plenario sobre prisión perpetua, que en el primer punto del voto mayoritario ordenó: “Disponer que los jueces al momento de imponer condena **no podrán exorbitar su competencia** expidiéndose acerca del régimen de ejecución de la pena, en tanto es atribución privativa inicialmente de los jueces penales de primera instancia en función de ejecución penal”.

Lo común a ambas fórmulas utilizadas es que insinúan un discutible avance sobre el control de la actividad jurisdiccional de jueces y juezas. Paso a explicarlo.

Norma inconstitucional

En sentido contrario a lo hasta que aquí se ha expuesto, considero que la gravedad institucional que supone la existencia de una norma inconstitucional es tan determinante, por los derechos y garantías que

pueden verse afectados, que el sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad previsto en la Constitución Nacional (art. 43) y en la Constitución provincial (art. 148) faculta a cada juez o jueza de la Provincia **a declarar de oficio su inconstitucionalidad** o su inconvencionalidad.

En tal sentido, debe señalarse que la propia CSJN ha reconocido –y ejercido– el control de constitucionalidad de oficio (Fallos 306:303, voto de los Dres. Fayt y Belluscio; y Fallos 327:3117).

Por esta razón, exigir una especial motivación a las partes del **pedido de inconstitucionalidad** cuando el juez o jueza la puede declarar de oficio supone, de algún modo, limitar esa facultad y de ese modo afectar de manera mediata la garantía de independencia que caracteriza nuestro sistema de justicia, que tiene por finalidad asegurar que jueces y juezas ejerzan su función de manera autónoma, no sólo del poder político y los poderes fácticos, sino también del poder interno del propio sistema de justicia.

En efecto, afirmar que **la inconstitucionalidad de una ley solo puede ser declarada cuando las partes lo solicitan fundadamente, aparece como una limitación indirecta** a las atribuciones jurisdiccionales sobre las que esta Suprema Corte de Justicia no puede tener injerencia.

En suma, una disposición de estas características no solo exhorbita o excede nuestras facultades como jueces de corte, sino que limita inadmisiblemente el accionar de los jueces y juezas de instancias anteriores en el ejercicio legítimo de sus facultades de control constitucional.

Lo expuesto no supone contradicción alguna con nuestros precedentes.

En efecto, si bien es cierto la jurisprudencia de este Tribunal -en sus diferentes integraciones- se ha pronunciado exigiendo para la procedencia de los recursos una **fundamentación suficiente** (v. “Puente Cuello”, “Ordóñez Guzmán”, “Vidal Serafín”, “Val Cáceres”, entre otros), no es menos cierto que en diversos pronunciamientos se **han relativizado esas exigencias**.

Dicho de otro modo, se trata de un requisito que, de acuerdo a nuestra propia jurisprudencia, se relativiza en la medida en que es posible, en determinados supuestos, el tratamiento de cuestiones sobre las que no ha existido agravio o petición de parte.

Así, en casos que involucran cuestiones de género, afectaciones de garantías constitucionales, entre muchas otras, pueden ser **tratadas de oficio** siempre que dicha interpretación no sea usada en contra de los intereses del acusado.

Expresado en otros términos, en no pocos supuestos el Tribunal ha optado por ingresar en el tratamiento de diversas cuestiones aun cuando no se hayan observado estrictamente los requisitos formales.

Sin embargo, específicamente en materia de control de constitucionalidad, la Suprema Corte, como cualquier tribunal, juez o jueza de la provincia, está facultada para ordenar de oficio la inconstitucionalidad de una ley.

Esta interpretación tiene respaldo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), que ha sostenido en numerosas ocasiones que el **control de convencionalidad constituye un deber de todos los organismos del Estado**, independiente de peticiones de parte; y la Corte Federal ha dado cuenta de la recepción de tal mandato a nivel nacional.

Se sabe que este deber consiste en la obligación de verificar si la resolución que en concreto se apresta a adoptar satisface adecuadamente los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los términos en los cuales se debe dar cumplimiento a este mandato del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sido definidos, de manera evolutiva, en múltiples pronunciamientos de la Corte IDH. No obstante, la naturaleza oficiosa sobre su procedencia y su anclaje en el ámbito del Poder Judicial forman parte de los cimientos sobre los que se fue desarrollando. En efecto, su configuración inicial data

del año 2006, oportunidad en la que mediante los pronunciamientos en los casos Almonacid Orellano vs. Chile y Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú -de septiembre y noviembre del mencionado año, respectivamente-, la Corte IDH reconoce el deber del Poder Judicial de ejercer el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH -tarea para lo cual se debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH- y establece que el mismo debe realizarse de oficio.

Con posterioridad, la Corte regional extendió los alcances de este deber estatal -conforme las bases sentadas en los antecedentes mencionados- a todos los órganos vinculados a la administración de justicia y a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto; e incorporó todos los instrumentos del corpus iure interamericano como normas a ser consideradas en la ejecución de la tarea convencional.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adscribió a este deber a través de diversos precedentes, particularmente en el fallo “**Mazzeo**” del año 2007 (Fallos 330:3248), en el cual incluso refrenda expresamente la obligación que pesa sobre los jueces y juezas de la república de formular el referido control de convencionalidad al hacer propias las palabras que el Tribunal Interamericano expresara en el precedente Almonacid Arellano (véase, en particular, considerandos 21 y subsiguientes). Esta posición, que se ha mantenido en otros pronunciamientos posteriores (v., por ejemplo, **caso “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, del 31 de agosto de 2010**), se consolidó en el año 2012, oportunidad en la que la CSJN destacó que “[...] los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango” (CSJN, «**Rodríguez Pereyra**», considerando 12).

La contundencia respecto del alcance que le reconoce al deber de realizar el control de convencionalidad resulta conteste con el posicionamiento que la misma Corte federal ha mantenido respecto del alcance con el que el mismo debe ejecutarse, reconociendo valor interpretativo a las decisiones del Sistema Interamericano incluso desde antes de que fuera introducido el concepto de control de convencionalidad, y así cabe destacar los conocidos precedentes “**Ekmekdjian c/Sofovich**” (Fallos: 315:1492), “**Giroldi**” (Fallos: 318:514) y “**Simón**” (Fallos 328:2056).

Por otra parte, y específicamente en el ámbito provincial, el examen de oficio de la leyes se encuentra habilitado a fin de hacer efectiva la aplicación del orden de prelación de las leyes correspondientes, esto conforme lo dispone el art. 148 de la Constitución de la Provincia en cuanto establece que “... los tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura”. En el mismo sentido, el art. 48 de la Constitución de Mendoza dispone que toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de la Constitución Provincial o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que los mismos artículos permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguran, “serán inconstitucionales y no podrán

ser aplicados por los jueces”. En conclusión, la circunstancia de que el pedido de inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento no haya sido planteada fundadamente por las partes en el proceso no constituye un obstáculo para que los tribunales la consideren y se pronuncien al respecto. Cada juez o jueza es soberano en el sistema del control difuso de constitucionalidad. Limitar estas facultades a través de requerimientos a las partes constituye un modo indirecto de afectar la independencia interna de los jueces y juezas, quienes solo deben obediencia a la Constitución Nacional, a la Constitución Provincial y a las leyes y reglamentos que en su consecuencia se dicten. Nuestra Suprema Corte de Justicia no está incluida en dicho catálogo. ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Valerio. Segunda cuestión.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, deben rechazarse los recursos de casación planteados por los defensores de Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla, José Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga y hacerse lugar al recurso de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal.

En consecuencia, corresponde anular el auto de fs. 1.280 -en tanto declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y dispuso la celebración de la audiencia de cesura-

Asimismo, corresponde anular parcialmente el resolutive I.- de la sentencia N° 804 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, únicamente en relación a la determinación judicial de la pena en el caso concreto; y remitir los presentes obrados a la OGAP del mencionado tribunal, a sus efectos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 38, inc. a de la ley 9.106. ASÍ VOTO.

Dres. Adaro y Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar los recursos de casación deducidos en favor de Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla, José Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga y hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal; y, en consecuencia, anular el auto de fs. 1.280, debiendo casarse el resolutive I.- de la sentencia N° 804, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la 1° Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: «I.- IMPONER a MARIANO ALAN NICOLÁS GUTIÉRREZ, a JOSÉ RAFAEL YAÑEZ ASTORGA y a ABEL AUGUSTO YAÑEZ ASTORGA, ya filiados, la pena de PRISIÓN PERPETUA, con costas, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS (art. 80, inc. 6 del CP) que se les atribuye en la presente causa N° P-58.840/17 – conforme el veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular- (art. 29, inc. 3° del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP)».

Como es sabido, este Tribunal ha adoptado la postura conforme la cual en los casos de anulación de resoluciones de instancias anteriores que impliquen una nueva determinación de la pena corresponde el reenvío de la causa, a fin de garantizar la intervención de las partes –juicio de cesura– y el doble conforme respecto la individualización de la sanción que finalmente se imponga (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza», entre otros).

Sin embargo, tratándose éste de un caso en el que la pena prevista para el delito por el que se condena a los acusados resulta indivisible y atento al resultado del **plenario caratulado «Inc. en autos Ibáñez»**, no existen motivos que justifiquen su remisión a instancias anteriores a tales efectos.

Por el contrario, razones de **celeridad y economía procesal** imponen que la sanción sea aplicada en esta instancia. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación planteados por la defensa del acusado Mariano Alan Nicolás Gutiérrez Mansilla a fs. 1365/1376 vta. y por la defensa de los imputados José Rafael Yáñez Astorga y Abel Augusto Yáñez Astorga a fs. 1377/1386 y vta.
- 2.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal; y, en consecuencia, anular el auto de fs. 1.280, debiendo casarse el resolutive I.- de la sentencia N° 804, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la 1° Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: "I.- IMPONER a MARIANO ALAN NICOLÁS GUTIÉRREZ, a JOSÉ RAFAEL YAÑEZ ASTORGA y a ABEL AUGUSTO YAÑEZ ASTORGA, ya filiados, la pena de PRISIÓN PERPETUA, con costas, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS (art. 80, inc. 6 del CP) que se les atribuye en la presente causa N° P-58.840/17 – conforme el veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular- (art. 29, inc. 3° del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP)».
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

3- IBAÑEZ BENAVIDEZ y ot. 08-01-21. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Asc EG	NNA	-	PPP	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474 489

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=447>

Lex: Art. 80 inc. 1° y 2° del CP. Arts. 13, 14 y 41 ley 9106 y arts. 474 incs. 1° y 2° y 489 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Alevosía. Principios de congruencia y de imparcialidad. Instrucciones. Comisión. Omisión. Abandono de persona –un delito de omisión propia-. Conducta debida.

Summa:

El **TPC** condenó a Maximiliano Ortiz Rosales y a Yamila Micaela Ibáñez Benavidez a la pena de **prisión perpetua** luego de que el jurado popular los considerarse culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo y por alevosía.

Las **defensas técnicas** de los condenados interponen recurso de casación y de inconstitucionalidad. La defensa de M.E.O.R. señaló como vicios in procedendo, que la Sentencia en cuestión adolece de falta de motivación y contradice el principio de razón suficiente, por inobservancia de lo dispuesto en el art. 416 inc. 4 del CPP y 18 de la CN; que el jurado no respetó las instrucciones dadas por el juez respecto a la duda razonable; y que se instruyó al jurado que debía considerar acreditado el hecho más allá de toda duda razonable, mientras que para condenar se requiere certeza absoluta; Finalmente solicita que se efectúe un control probatorio. Como vicios in iudicando, afirma que la pena de prisión perpetua es inconstitucional y que la restricción de derechos que esto implica es inmediata y actual, porque afecta derechos fundamentales del acusado.

Por su parte los representantes de Y.M.I.B. considera que la decisión respecto de su pupila vulnera los principios de congruencia e imparcialidad a partir en la existencia de dos tipos de vicios: unos relativos a las instrucciones que fueron impartidas al jurado, otros sobre el procedimiento seguido para resolver las recusaciones.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial los recursos casatorios promovidos, en tanto no importan más que meras discrepancias con el resultado adverso para sus pupilos.

Respecto del Recurso de inconstitucionalidad dictaminó que los argumentos planteados revelan una disconformidad con las pautas de política criminal diseñadas por el legislador, pero no alcanzan a explicar la afectación de la normativa constitucional.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados por la defensa de Ibáñez y de Ortiz. Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 836, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM:

- Peteán Pocoví. 07-02-2020: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Ibáñez Benavidez. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf

b-CIDH:

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:

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

c-CSJN:

- Canales. 02-05-19:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1692824659418>

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

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04876364-7/1((018601-159312)) FC/ IBAÑEZ BENAVIDEZ YAMILA M. Y ORTIZ ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (159312) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104960390*

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04876364-7/1 caratulada “F. C/ IBAÑEZ BENAVIDEZ, YAMILA Y ORTIZ ROSALES, MAXIMILIANO EZEQUIEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa particular de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales, por un lado, y la defensa oficial de Yamila Micaela Ibáñez Benavidez, por otro, interponen recursos de casación contra la sentencia N° 836 del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a sus defendidos a la pena de prisión perpetua luego de que el jurado popular los considerase culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo y por alevosía (**art. 80, incs. 1 y 2 del CP**) en los presentes autos N° P-159.312/17.

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

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua efectuado por la defensa e impuso a los acusados esa pena, luego de que el jurado popular constituido en autos los considerara culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo y por alevosía (art. 80, inc. 1 y 2 del CP). Conforme surge del alegato fiscal de apertura, se acusó a Yamila Micaela Ibáñez Benavidez y a Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales de que «[la víctima] tenía tan solo dos años y nueve meses cuando vivía con su mamá, la señora Ibáñez, y con el señor Ortiz, [con quien] desde hacía aproximadamente diez meses que estaba en pareja. Vivían juntos en la calle San Martín al 5458 de Carrodilla y en ese domicilio fue cuando el día 27 de noviembre del año 2017, debido a un maltrato constante y reiterado por parte de ambos, fue que lo golpearon de manera alevosa –esto quiere decir, sin ninguna posibilidad de defensa a un niño de tan solo dos años y nueve meses y que pesaba solo diez kilos y medía solo un metro cinco centímetros–. Lo golpearon de manera tal, que literalmente le quebraron la columna vertebral por la mitad. Ese hecho fue el que provocó que tuvieran que llevarlo al hospital Humberto Notti, y que cuando era asistido por los médicos, nada pudieran hacer para salvarle la vida porque era una lesión absolutamente irreversible. Esto es lo que encontró G. en su falso refugio. Digo “su falso refugio” porque, al menos a esta edad, todos suponemos y entendemos -quienes somos padres, abuelos, hermanos, tíos, padrinos- que es el lugar más seguro donde un niño puede estar: al cuidado de la persona que más debiera amarlo -su madre-, de quien más debiera cuidarlo –su madre-, y en compañía de la pareja que ella misma había elegido [...]» -v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, parte I, min. 18:40 a 20:50-. El representante fiscal interviniente también afirmó que «[...] no tenemos filmado el hecho. No tenemos la foto de quién fue el que en el último momento del día 27 le dio semejante golpe a G. para que terminara muerto. No podemos saber si fue Ortiz o si fue Ibáñez. No lo podemos

saber, es cierto. Pero sí podemos saber que la ley, el sentido común y la prueba responsabilizan a los dos. Por dos motivos muy sencillos. Primero, porque la muerte no es un “suceso”. La muerte, en los casos de maltrato, es un “proceso”, es una sumatoria de circunstancias hasta que terminó ocurriendo este fatal desenlace. Y segundo, porque también ambos son responsables desde el punto de vista legal. Por tanto mata quien hace, como quien omite. O sea, que eso no le quita responsabilidad a ninguno de los dos [...]»
–v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, parte I, min. 26:00 a 27:10–.

2.- Recursos de la defensa

a.- Recursos de casación e inconstitucionalidad de la defensa particular de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales

La impugnación casatoria planteada se funda en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por considerar que la decisión adolece de vicios in iudicando e in procedendo. Preliminarmente, la defensa afirma que lo revisable en casación debe ser compatible con el derecho del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia, y que no es posible sostener el principio según el cual los aspectos de la sentencia que se refieren a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones del Tribunal de mérito, salvo casos de arbitrariedad manifiesta. Ello, pues el derecho al recurso tiene la misma vigencia sea que la sentencia provenga de un juez técnico o un jurado popular. Como vicios in procedendo, la defensa se agravia de que la resolución: 1) adolece de falta de motivación y contradice el principio de razón suficiente, por inobservancia de lo dispuesto en el art. 416 inc. 4 del CPP y 18 de la CN respecto al derecho de defensa en juicio y respeto del debido proceso; 2) que el jurado no respetó las instrucciones dadas por el juez respecto a la duda razonable; 3) que se instruyó al jurado que debía considerar acreditado el hecho más allá de toda duda razonable, mientras que para condenar se requiere certeza absoluta y, de lo contrario, debe recurrirse al beneficio de la duda contenido en el art. 2 del CPP; 4) solicita que se efectúe un control probatorio, atento a que, por un lado, la versión defensiva, que niega la participación del acusado en el hecho, encuentra sustento en las declaraciones de los testigos Sandra Cecilia Rosales Velázquez y Fátima Mailén Funes Ferreyra; y, por el otro, la coimputada dio, a lo largo del proceso, varias versiones distintas del hecho. Como vicios in iudicando, la defensa afirma que: 1) la pena de prisión perpetua que se impuso al acusado es inconstitucional, pues el art. 14 bis del CP prohíbe la libertad condicional para los delitos previstos en el art. 80 del CP y la ley de ejecución impide el acceso a formas de libertad ambulatoria, lo que vulnera los principios de humanidad de las penas, resocialización y cumplimiento progresivo de la pena; 2) la restricción de derechos que esto implica es inmediata y actual, porque afecta derechos fundamentales del acusado, quien bajo estas circunstancias no puede estar en condiciones psíquicas ni espirituales de adaptarse a los requerimientos de conducta y concepto que requiere la ley para acceder al período de prueba; 3) en las condiciones materiales en que deberá cumplirse, la pena resulta cruel, inhumana y degradante; vulnera los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, 5.2. de la CADH y 7 del PIDCP; lesiona la intangibilidad de la persona humana pues genera graves trastornos de la personalidad e incumple la obligación de resocialización que surge de los arts. 5.6 de la CADH, 10.3 del PIDCP y 1 de la ley 24.660. Formula reserva del caso federal.

b.- Recurso de la defensa oficial de Yamila Micaela Ibáñez Benavídez

La Cuarta Defensoría Oficial funda su impugnación en los arts. 474 inc. 1 y 2 del CPP y 41 incs. a y c de la ley 9.106, por considerar que la decisión vulnera los principios de congruencia e imparcialidad a partir en

la existencia de dos tipos de vicios: unos relativos a las instrucciones que fueron impartidas al jurado, otros sobre el procedimiento seguido para resolver las recusaciones. En primer lugar, cuestiona las instrucciones sobre dolo y omisión, pues ampliarían la acusación en forma sorpresiva en las postrimerías del juicio. En la acusación se adjudicó a su defendida el haber matado activamente a la víctima, y en las instrucciones se incluyeron indicaciones sobre la forma omisiva. Considerar que el hecho ocurrió mediante una acción por omisión cambia la plataforma fáctica, confunde al jurado y lo determina –por cuanto se explican como «ley aplicable al caso»–; además de que sorprendió a la defensa, que no pudo construir su estrategia. Esta flagrante violación del derecho de defensa habría importado un exceso de jurisdicción, incompatible con la imparcialidad requerida al juzgador. Señala que se instruyó que «no evitar un resultado, en ciertas ocasiones equivale a su realización», y de haber conocido antes esta instrucción, la estrategia defensiva hubiera sido otra. En segundo lugar, cuestiona el procedimiento seguido para resolver las recusaciones. Explica que, de las preguntas que se hicieron a los candidatos, surgió un listado de personas notoriamente parciales que respondieron afirmativamente a la pregunta «¿Quiénes piensan que quien está sentado en el banquillo es porque “algo hizo”?». La defensa consideró que ese grupo no debía tomar parte en el juicio, pero no se le permitió recusar sin causa a esas personas, pues la fiscalía se opuso a que cada defensor recusara sin causa a cuatro candidatos a jurado, en tanto a su criterio –al que el juez hizo lugar– correspondían cuatro recusaciones sin causa a cada parte. La defensa explica que, en un caso en el que los intereses de cada acusado son contrapuestos, la adopción de ese temperamento importa que deba defenderse tanto de la fiscalía como de la otra defensa, por lo que no podía compartirse el número de recusaciones sin causa. Afirma que, de los candidatos que se pretendía recusar sin causa y no le fue posible, uno integró el jurado y otro fue designado suplente. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En el dictamen emitido en autos, el señor Procurador General considera que los recursos proceden formalmente, aunque deben ser rechazados en el fondo. Respecto de las alegaciones relativas al veredicto del jurado y el grado de convicción que era posible alcanzar, explica que –en el caso– no se pudo determinar de manera fehaciente la forma en que actuaron los imputados, teniendo en cuenta que la única testigo del hecho –madre de «Ortiz Rosales»– se abstuvo de declarar y que las explicaciones que brindaron los acusados se contradicen entre sí.

Sin embargo, aclara que no existe duda, vacilación o incertidumbre respecto a que los autores del hecho, como coautores, fueron los acusados. La única duda que existió –afirma– ha sido en cuanto al específico modo en que sucedió el hecho. Pero surge claramente que los progenitores del niño se encontraban allí, que el menor fue golpeado en reiteradas ocasiones, que se aprovecharon de su situación de indefensión, provocándole diferentes lesiones que le causaron la muerte, y que intervinieron en la ejecución del acto. Agrega que, frente a todas las posibilidades dadas al jurado en las instrucciones y en las que se describen las posibles conductas típicas posibles, el jurado concretó su veredicto por unanimidad, habiendo tenido a su alcance toda la prueba que se desplegó durante el juicio. Con relación al planteo de inconstitucionalidad formulado, afirma que el juez desestimó fundadamente el pedido por motivos que coinciden con el criterio del Procurador General en cuanto a que el planteo, en esta instancia, es prematuro.

Además de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional, y que en caso de duda debe prevalecer la vigencia constitucional de la norma, el planteo debe efectuarse cuando se torne cierta la afectación del derecho en cuestión. Ello ocurriría cuando pueda

demostrarse que la perpetuidad amenaza con volverse tal, e incluso se rechacen los beneficios referidos en las normas penales.

En definitiva, los argumentos planteados revelan una disconformidad con las pautas de política criminal diseñadas por el legislador, pero no alcanzan a explicar la afectación de la normativa constitucional. Sobre la alegada violación del principio de congruencia, explica el señor Procurador General que no se ha modificado la plataforma fáctica acusatoria por la explicación que se le realizó al jurado en las instrucciones, en cuanto a que el delito puede cometerse por acción u omisión, presentándoles ejemplos en lenguaje claro para su comprensión. No advierte que la defensa se haya visto sorprendida o que se le haya adjudicado un hecho del cual no tuvo oportunidad de defenderse.

Refiere que al jurado se le explicaron debidamente las opciones a las que podían llegar en su veredicto: homicidio agravado por el vínculo y por alevosía, la participación de cada acusado como coautores o cooperadores, o el delito de abandono de personas seguido de muerte y agravado por el vínculo. El jurado los encontró culpables de la primera opción, como coautores, y lo hizo luego de apreciar el plexo probatorio, contemplando la exposición de las pruebas de cargo y descargo y contando con claras instrucciones.

Con relación a los agravios sobre la limitación de recusaciones sin causa, afirma que el art. 14 de la ley 9.106 expresa claramente que las recusaciones incausadas son cuatro por parte, y que en caso de existir varias partes acusadas deberán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. En caso de no mediar acuerdo, debe resolverse por sorteo. De manera tal que no se ha visto la defensa en inferioridad de condiciones, y pretender una mayor cantidad por cada parte llegaría –eventualmente- a dejar sin integrantes al jurado. Por tales razones, considera que los recursos deben ser rechazados, en tanto no importan más que meras discrepancias con el resultado adverso para sus pupilos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– a mi entender corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales, así como el planteado por la defensa de Yamila Micaela Ibáñez Benavidez, y confirmar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de cada una de las cuestiones que plantean las defensas, buscaré seguir un orden lógico jurídico y ordenaré mi voto del modo que sigue, tratando alternativamente agravios de uno y otro recurso, lo que identificaré.

En primer lugar, analizaré los agravios relativos a la imparcialidad del jurado y la capacidad de la defensa de plantear recusaciones sin causa, así como a la alegada violación del principio de congruencia mediante la introducción de una instrucción sobre omisión (a). En segundo orden, me ocuparé de examinar la instrucción sobre «**duda razonable**» que impugna la defensa (b) y, en tercer lugar, evaluaré los cuestionamientos sobre la motivación del veredicto y la valoración probatoria (c). Por último, me ocuparé del cuestionamiento constitucional a la pena de prisión perpetua que se aplicó a los acusados(d).

a.- Sobre el procedimiento seguido para juzgar a Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales y Yamila Micaela Ibáñez Benavídez.

Deslindada la cuestión de constitucionalidad planteada, corresponde analizar los agravios planteados por la defensa oficial relativos a la vulneración de los **principios de congruencia y de imparcialidad**. Adelanto que ninguno de ellos aparece procedente.

a.1. En primer lugar, la defensa oficial sostiene que se afectó el principio de congruencia porque se acusó a su representada por **un obrar comisivo**, y luego se modificó tal plataforma fáctica añadiendo la modalidad **omisiva** mediante una instrucción sobre dolo.

De tal manera, a su modo de ver, simultáneamente se confundió al jurado y se sorprendió a la defensa, que no había preparado su estrategia defensiva para esa acusación.

El agravio no puede ser acogido en tanto el análisis realizado en esta instancia muestra que ninguna de las afirmaciones efectuadas por la defensa encuentra asidero en las constancias de la causa.

La acusación contenida en el requerimiento de citación a juicio, así como la de los alegatos iniciales y finales del juicio permite sostener que el principio de congruencia no se ha visto afectado.

Un análisis meticuloso de las constancias audiovisuales del juicio y del expediente papel muestra que la acusación se ha mantenido dentro de los límites impuestos por el principio de congruencia.

En efecto, como consta en el requerimiento de citación a juicio el Ministerio Público Fiscal acusó a Ibáñez Benavídez y Ortiz Rosales de que «[e]n fecha y hora no determinada a esta altura de la investigación, pero en el mes de noviembre de dos mil diecisiete, en el domicilio sito en calle San Martín N° 5458 Carrodilla, Luján de Cuyo, Yamila Micaela Ibáñez, junto a su pareja Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales, golpearon en reiteradas ocasiones a su hijo G. [...] -de dos años de edad- aprovechándose de su situación de indefensión, provocándole fractura de columna vertebral.

Lesión que provocó la muerte del menor el día veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete, a causa de un paro cardiorrespiratorio» -v. fs. 364 y vta.-.

Nótese que en la acusación transcripta no se identifica cuál de los acusados es el autor por acción de los golpes y quién interviene por omisión, sino que **se adjudica el obrar dañoso** a ambos.

A su vez, y ya en la acusación que dio inicio al juicio –transcripta en el punto 1 de este voto–, a los acusados se **les atribuyó el resultado de muerte** del niño G. a causa de múltiples golpes, sin determinar si la autoría del golpe fatal ocurrió por acción u omisión.

El fiscal sostuvo expresamente que no podía determinar quién había propinado el golpe que ultimó a la víctima, pero que «[...] ambos son responsables desde el punto de vista legal.

Por tanto mata quien hace, como quien omite [...]» –v. registro visual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, parte I, min. 26:00 a 27:10–.

A su vez, en el alegato final el fiscal actuante reiteró la misma acusación y en un tramo específicamente expresó «[...] Todas las lesiones que tenía G., que la más antigua que podemos constatar desde el punto de vista médico es de veinte días atrás, son todas atribuibles a los imputados. Todas y cada una de ellas.

Entonces, también fue un dato importante y no ilustrativo lo que dijo la licenciada Mathus en relación con lo otro que van a controvertir las defensas: **¿es lo mismo actuar que omitir? Sí**. Porque es lo mismo en la vida, porque es lo mismo para la psicología y para la psiquiatría, entonces no tiene por qué ser distinto para el derecho.

Entonces, si yo como papá o mamá estoy mirando que mi pareja le da una paliza terrible a mi hijo y yo no hago nada, para la ley no es “no hacer nada”, es “no hacer lo que la ley manda”. Y ¿saben qué es lo que manda la ley en relación a los padres para los hijos? **Evitar** el resultado. Quiere decir, yo tengo que hacer

todo lo necesario porque soy responsable desde el punto de vista legal. [...]» –v. audiencia alegato fiscal de clausura, min. 19:06 y ss.–.

De manera tal que no se advierte la sorpresa invocada por la defensa respecto al modo en que habría ocurrido la muerte del niño G., en tanto desde el comienzo del juicio los acusados y sus defensores conocían la atribución de la modalidad omisiva.

La defensa alega que la referencia de que el hecho podía haber sido cometido por acción u omisión contenida en una de las instrucciones donde se explicaba el **concepto de dolo** confunde al jurado.

Sin embargo, tal alegación no puede ser validada en esta instancia pues se advierte que la explicación de la instrucción fue clara y resultó pertinente en atención al suceso que se les atribuye a los acusados. La instrucción en cuestión expresa que «[a] Alguien, mediante acción u omisión, actúa con “dolo de matar a otro” cuando: el autor se propone como objetivo directo matar.

Así por ejemplo cuando una persona le dispara a otra con el objetivo de matarla y esa persona muere por causa del disparo, en este caso la muerte se considera dolosa por razón de que la conducta tenía el propósito o intención de realizar ese hecho» –v. fs. 576–.

Sin perjuicio de que la instrucción no tiene la entidad suficiente para modificar la plataforma fáctica, resulta además adecuada considerando que la defensa solicitó la introducción de la calificación del hecho como abandono de persona agravado por el vínculo y por el resultado de muerte, de modo la aclaración sobre la modalidad comisiva u omisiva aparecía necesaria a efectos de aventar confusiones en el jurado.

Dicho en otras palabras, la inclusión de la **expresión «por acción u omisión»** en la instrucción sobre el dolo requerido por una de las figuras típicas que el jurado debía evaluar es pertinente y responde a la explicación que el juez consideró necesaria para que el jurado comprendiera un concepto jurídico de manera completa y sencilla.

Por último, la crítica defensiva que pretende afirmar que la posible **modalidad omisiva** del hecho afectaría el principio de congruencia, pero simultáneamente ha solicitado que se incorporara –entre las opciones del jurado–, la calificación del suceso como **abandono de persona –un delito de omisión propia–**, lo que efectivamente se agregó a las instrucciones.

Ello resulta inconsistente y demostrativo de que el alegato sólo consiste en una discrepancia con el resultado al que llegó el jurado, fundada en la posición procesal que ocupa y sin entidad suficiente para alterar la validez jurídica del procedimiento llevado a cabo en autos.

a.2.- En segundo lugar, la defensa sostiene que se vio vulnerado el **principio de imparcialidad**, por cuanto no se le permitió recusar sin causa a un grupo de candidatos a jurado que contestaron afirmativamente a determinada pregunta que se les formuló, y se obligó a la defensa de los dos acusados a compartir cuatro recusaciones sin causa a pesar de tener intereses contrapuestos.

Al respecto hay que decir –en primer lugar– que la ley 9.106 que instauró el juicio por jurados en nuestra provincia es clara en sus disposiciones sobre **recusación** de las personas seleccionadas como jurados.

Recusación de jurados. Con causa. Sin causa (4 por cada parte). Art. 13 y 14 ley 9016

En su art. 13 prevé los casos en los que puede plantearse una **recusación con causa**: cuando tome conocimiento de una causal de excusación, o cuando exista un prejuizamiento público y manifiesto.

Las causales de excusación están previstas en el art. 12: quien haya ejercido como jurado en otra oportunidad durante el mismo año o tenga un impedimento o motivo legítimo –que debe ser valorado por el juez–.

Además, la ley autoriza una instancia de examen de los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia «[...] procurando excluir a aquellos que hubiesen

manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuvieran interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados [...]».

La ley no limita el número de recusaciones con causa: si es necesario solicitar el apartamiento de un gran número de candidatos a jurado, ello es posible en tanto resulte justificado. Incluso se prevé la posibilidad de disponer el **cambio de circunscripción judicial**, «[c]uando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial [...]» (art. 2).

No obstante, sí se encuentra limitado el número de **recusaciones sin causa**, que no pueden exceder de cuatro para la parte acusadora y cuatro para la defensa (**art. 14, Ley 9.106**).

En el caso que nos ocupa la defensa pretende que no se apliquen estas reglas, **sin brindar razones** para ello. **No planteó la inconstitucionalidad de la norma para solicitar que no se aplique al caso, ni explicó por qué motivos debería hacerse una excepción en este caso concreto.**

Esta falencia, por sí misma, resulta suficiente para rechazar el agravio.

Sin embargo, la defensa ha anclado su crítica en **una razón sustantiva**: que los miembros del jurado que no pudo recusar **eran parciales**, pues contestaron afirmativamente a la pregunta sobre si los acusados estaban allí «porque algo habían hecho».

Ahora bien, si la defensa consideró que la respuesta a la pregunta en cuestión afectaba la imparcialidad, eventualmente debería haber servido de fundamento para una recusación con causa.

El argumento intentado no reviste entidad suficiente para cuestionar el número de recusaciones sin causa asignadas a cada parte del proceso, puesto que no hay intereses contrapuestos de la parte con relación a las recusaciones

Dicho en otras palabras, la pregunta «¿Quiénes piensan que quien está sentado en el banquillo es porque “algo hizo”?» es de interés común para las dos partes.

Sin perjuicio de ello, la conclusión según la cual la pregunta planteada por la defensa a los candidatos a jurado revela su parcialidad, es al menos discutible.

Existe una amplia posibilidad de que la respuesta afirmativa de las personas seleccionadas se deba a que no tienen conocimiento del sistema jurídico, precisamente para lo cual existen instrucciones que se imparten al jurado.

Las razones expuestas me convencen de que, en el juicio en revisión, no se vio afectada la garantía de imparcialidad del juzgador ni el principio de congruencia.

b.- La instrucción sobre «duda razonable» impartida al jurado

Sobre este punto, la defensa cuestiona la instrucción sobre el nivel de certeza que es necesario alcanzar para condenar, pues se instruyó sobre «duda razonable» mientras que nuestro ordenamiento requiere certeza absoluta y, de lo contrario, debe recurrirse al beneficio de la duda contenido en el **art. 2 del CPP**.

Dos consideraciones me conducen a rechazar este agravio.

En primer lugar, en el plano formal advierto que la defensa ha planteado un error en las instrucciones impartidas al jurado, mas no se opuso a ellas en las oportunidades adecuadas para ello. En segundo orden, y ya desde una perspectiva material, el examen de las instrucciones que al respecto fueron transmitidas al jurado me convence de su corrección. Veamos.

La instrucción N° 7-d de las instrucciones generales, expresa: «Duda razonable. El principio de duda razonable significa que, cuando exista duda razonable sobre la existencia del hecho o sobre la culpabilidad de la persona acusada, se la deberá declarar no culpable. La prueba debe ser suficiente y convincente para que quede derrotada la presunción de inocencia. [...] Una duda razonable no es una duda inverosímil, forzada o imaginaria.

No es una duda basada en lástima, piedad o prejuicio. Es una duda basada en la razón y en el sentido común.

Es la duda que surge de una serena e imparcial consideración de toda la prueba que se manifestó en el juicio. [...] Deben también recordar, sin embargo, que resulta casi imposible probar un hecho con certeza absoluta. No se exige que la acusación así lo haga» –v. fs. 566 vta.–.

Por otro lado, la instrucción final C –que fue sometida a litigio de partes sin oposición de la defensa–, en un segmento expresó que «Duda razonable.

[1] La frase “más allá de toda duda razonable” constituye una parte muy importante de nuestro sistema de justicia constitucional en materia penal. Cada vez que usen la palabra “duda razonable” en sus deliberaciones, deberán considerar lo siguiente:

[2] Una duda razonable no es una duda inverosímil, forzada, especulativa o imaginaria. No es una duda basada en piedad o prejuicio.

Es una duda basada en la razón y en el sentido común y que surge de una serena, justa e imparcial consideración de toda la prueba admitida en el juicio. Es aquella duda que de manera lógica puede surgir de las pruebas, de la debilidad de las pruebas, por contradicción entre las pruebas o por falta de pruebas en apoyo de la acusación.

[3] No es suficiente con que ustedes crean que Yamila Micaela Ibáñez Benavídez y Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales son probable o posiblemente culpables. En esas circunstancias, ustedes deben declararlo no culpable, ya que la Fiscalía no los ha convencido de la culpabilidad de estos, más allá de la duda razonable.

[4] Deben también recordar, sin embargo, que resulta casi imposible probar un hecho con certeza absoluta o matemática. No se exige que el Fiscal así lo haga. Sin embargo, el principio de prueba más allá de toda duda razonable es lo más cercano que existe a la certeza absoluta.

Es mucho más que un simple balance de probabilidades.

[5] Si al finalizar el caso y después de haber valorado toda la prueba rendida en el juicio, ustedes están seguros de que los delitos imputados fueron probados y que los acusados fueron quienes los cometieron, deberán emitir un veredicto de culpabilidad, ya que ustedes habrán sido convencidos de su culpabilidad por ese delito más allá de toda duda razonable.

[6] Si al finalizar el caso y basándose en toda la prueba, ustedes tienen una duda razonable en cuanto al grado o grados del delito o entre delitos de distinta gravedad, sólo podrán declarar culpable al acusado por el grado inferior del delito o por el delito de menor gravedad que luego yo les explicaré.

[7] Si al finalizar el caso y basándose en toda la prueba o en la inexistencia de prueba en apoyo de la imputación, ustedes no están seguros de que el delito imputado haya existido, o que los imputados o alguno de ellos, fuera su autor, ustedes deberán declararlo no culpable de dicho delito, ya que la Fiscalía fracasó al intentar convencerlos más allá de toda duda razonable» –v. fs. 571/572–. La transcripción realizada resulta suficiente para demostrar que el argumento de la defensa, en sí mismo, no es eficiente para cuestionar las instrucciones que fueron impartidas al jurado en este caso.

En efecto, no es posible impugnar el estándar de duda razonable explicado por el juez técnico sin antes explicar –y poner en crisis– el funcionamiento del razonamiento que debe llevarse a cabo para considerar acreditada una premisa fáctica.

La certeza sobre los hechos nunca puede exigirse que sea absoluta, pues mediante el proceso judicial se trata de reconstruir hechos del pasado.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que «[t]oda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las

pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las **pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis [...]** –v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua», párrafos 259 y 262, precedente que la CSJN tomó en consideración en «Canales», Fallos 342:697–.

En definitiva, las alegaciones de la defensa de Yamila Micaela Ibáñez Benavidez sobre este punto no logran dar cuenta del carácter eminentemente valorativo de la tarea de asignar mérito a la prueba.

No se trata aquí de exigir al recurrente que explique el dilema sobre el carácter descriptivo, constitutivo o normativo de la afirmación según la cual «algo se encuentra probado»; tampoco la resolución de la polisemia en torno a la palabra «prueba misma»; ni que dé cuenta sobre las dificultades que plantea la verdad material vs. la verdad procesal.

Por el contrario, el agravio es rechazado por no haber explicado mínimamente de qué manera el concepto de «certeza absoluta» que propugna se diferencia del de «certeza más allá de toda duda razonable» que instruyó al jurado el juez técnico, considerando las afirmaciones que el juez realizó sobre la forma de determinar la razonabilidad de la duda.

En base a las razones expuestas, el agravio debe ser rechazado.

c.- Valoración probatoria y motivación del veredicto

Por último, corresponde analizar los agravios relativos a la valoración probatoria que efectuó el jurado popular en autos. En este punto, la defensa de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales afirma que su teoría del caso, en la que niega la participación del acusado en el hecho, encuentra sustento en las declaraciones de los testigos Sandra Cecilia Rosales Velázquez y Fátima Mailén Funes Ferreyra.

Por otra parte, cuestiona el mérito del testimonio de la coimputada porque dio, a lo largo del proceso, varias versiones distintas del hecho. Anticipo que tales agravios no pueden prosperar.

De modo preliminar, debo hacer alusión al **precedente «Petean Pocoví»**, donde expliqué el modo en el que, a mi entender, debe llevarse adelante el mérito probatorio en casación respecto de decisiones que incluyen el veredicto de un jurado popular.

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

Por otro lado, a un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión.

Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión».

«Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado.

Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso» –v. «Petean Pocoví»–.

En base a tales consideraciones, debo señalar que los testimonios de Sandra Cecilia Rosales Velázquez y Fátima Mailén Funes Ferreyra no determinan una solución contraria a la sostenida por el jurado popular en autos, de manera que éste luzca arbitrario o manifiestamente apartado de la prueba producida en el debate.

En efecto, la compulsa de las constancias audiovisuales de las declaraciones que vertieron en el debate oral da cuenta de que ninguna de las testigos mencionadas conoce lo que ocurrió el día del hecho, porque no se encontraban en presencia del niño.

Solamente Sandra Cecilia Rosales –madre del acusado– se encontraba en el domicilio donde ocurrió el hecho.

Según sus propias palabras, estaba en su habitación y salió porque escuchó un grito, y vio a la acusada haciéndole masajes en el pecho al niño víctima, quien ya no reaccionaba –v. registros de la tercera y cuarta audiencias del día 28-08-19–. Su nuera le habría dicho que le había dado un «chirlo» al niño y éste «se había quedado en el llanto».

Ello, aunque las pruebas médicas acusaron como causa de muerte un paro cardiorespiratorio ocasionado por los numerosos golpes que presentaba el niño, en particular una quebradura en su columna vertebral que muy probablemente habría producido la muerte por el extremo dolor que causó, o por una hemorragia severa –conf. testimonio de la Dra. Marcela Noemí Godoy–.

Es decir, del contenido de la declaración de Sandra Cecilia Rosales no se desprenden elementos que permitan desvincular a su hijo del hecho que se le acusa.

Lo mismo ocurre con relación a la declaración de Fátima Mailén Funes Ferreyra, por cuanto sostuvo que había visto escenas de violencia por parte de la acusada hacia el niño en otras ocasiones, en tanto ello no arroja información sobre el suceso concreto que causó la muerte del niño y que se dilucidaba en el debate, ni desincrimina del mismo a Maximiliano Ortiz Rosales.

De manera tal que estos elementos de prueba no resultan idóneos para impugnar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado.

Por otra parte, las diferentes versiones que mantuvo la coimputada Yamila Ibáñez Benavídez y en las que varía la intervención que ella y el acusado Ortiz Rosales tuvieron en el suceso, tampoco pueden ser empleadas como fundamento para cuestionar el sentido del veredicto.

La acusada, en el ejercicio de su defensa, se encuentra legitimada para declarar las veces que lo considere necesario y, en caso de que su versión del hecho varíe, ello debe ser considerado al valorar el peso probatorio de su testimonio.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa las variaciones que efectuó la acusada en su declaración no necesariamente resultan suficientes para deslindar de responsabilidad a Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales, a quien el jurado consideró culpable.

De manera tal que, en base a las razones expuestas, corresponde rechazar este grupo de agravios relativos a la valoración probatoria llevada a cabo por el jurado.

d.- Consideraciones en torno al **planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.**

En punto al cuestionamiento constitucional de la prisión perpetua, debe señalarse que la cuestión ha sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia en el acuerdo plenario que tramitó bajo el expediente N° CUIJ

13-05365349-3/1 caratulado “Incidente en autos “Fc/ Ibáñez Benavídez, Yamila M. y Ortiz Rosales, Maximiliano E. p/ Homicidios calificados (159312) p/ Plenario”.

Razón por la cual, en honor a la brevedad, entiendo que corresponde remitirme a los argumentos expuestos en el voto de la mayoría en el acuerdo plenario convocado sobre este tema, y a su resultado, en tanto allí se sostuvo la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal. Por los motivos expuestos, el planteo de inconstitucionalidad formulado debe ser rechazado en esta instancia.

e.- Conclusión

En base a los motivos expuestos precedentemente, entiendo que los recursos incoados por la defensa particular de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales y la defensa oficial de Yamila Micaela Ibáñez Benavídez deben ser rechazados en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia N° 836 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante, resulta oportuno efectuar algunas consideraciones con relación al modo en que se han impartido las instrucciones al jurado en la presente causa.

Tal como he sostenido en el **precedente “Tizza”**, cuyos argumentos -en lo pertinente entiendo aplicables al presente caso -particularmente en el punto «2.2. Sobre los déficits de las instrucciones respecto a las reglas de imputación en materia de omisión impropia»-, advierto que en estas actuaciones pueden formularse algunas observaciones a la tarea de elaboración de las instrucciones que finalmente se impartieron al jurado sobre cuestiones de imputación en materia de omisión impropia.

En efecto, de manera similar que en aquellas actuaciones, las instrucciones impartidas en esta causa no tuvieron en cuenta los problemas que presenta el caso a nivel de **tipicidad objetiva**, pues no ha quedado en claro **cuál era la conducta debida** que la acusada no realizó; no se formularon instrucciones tendientes a acreditar la capacidad individual de acción de la acusada para haber llevado a cabo una conducta distinta a la que realizó; y tampoco fue objeto de instrucciones la determinación de la prueba de la conexión causal entre la omisión y el resultado que permita explicar la imputación del homicidio consumado a la acusada. Ahora, más allá de ello, debe considerarse si las observaciones formuladas habrían tenido incidencia en la solución del caso; ya que únicamente cuando existan serios defectos en las proposiciones, fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que responda a las cuestiones planteadas, podrá ser anulado el veredicto dictado como consecuencia de aquellas.

Ello, a mi modo de ver, no acontece en el caso sometido a consideración de esta instancia. En efecto, y tal como señale en el precedente “Peteán Poci”, «[...] entiendo que [las instrucciones impartidas al jurado -en tanto premisas de las que deben partir para razonar y resolver las cuestiones sometidas a su decisión-] deben presentar dos características centrales: anticipar los problemas que pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho [...] y ser claras».

Es que «el consenso de pares que fundamenta el veredicto de culpabilidad o inocencia, eventualmente, pued[e] ser arbitrario si las premisas de las que ha partido –o que han sido puestas a su disposición– son falsas. De este modo, el recurso de casación debe buscar razones adicionales que permitan validar ese consenso, siempre y cuando se reflejen en él».

En ese orden, sostuve en aquella ocasión que «las instrucciones deben orientar en el proceso de confrontación de argumentos y la deliberación, a los efectos de conformar el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso.

Para ello, inicialmente, el texto de aquéllas ha de describir la lista de herramientas jurídicas, tanto sobre valoración de la prueba como sobre adjudicación de derecho.

Lo anterior requiere que las instrucciones expresen en forma detallada, clara y precisa en lo relativo a los hechos sobre los que debe expedirse el jurado, a la validez de la prueba y su peso en relación con aquello que se propone acreditar.

Por otra parte, debe acudirse a la teoría de la imputación a efectos de esclarecer dónde se encuentra ubicado el problema jurídico sometido a decisión y cuáles son las implicaciones o consecuencias sistemáticas concretas de decidir en uno u otro sentido».

Asimismo, señalé que «[o]tra cuestión de la que debe ocuparse el juez letrado es que la instrucción impartida sea clara».

Es decir que «será formulad[a] de manera clara cuando: diagnostique y anticipe los problemas del caso relativos a la prueba de los hechos y la aplicación del derecho; brinde las herramientas conceptuales apropiadas para alcanzar una solución y enuncie los lineamientos precedentes de modo tal que sean asequibles para un jurado lego.

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

Por consiguiente, «[ú]nicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que este proceda a responder a las cuestiones planteadas sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al thema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria».

Conforme a esas pautas y de acuerdo con el análisis desarrollado en el voto precedente, considero que, aún cuando en la presente causa existen falencias en las proposiciones jurídicas que integraron las instrucciones brindadas al jurado, éstas no poseen una entidad suficiente para derivar en la arbitrariedad del veredicto cuestionado y, con ello, en su anulación.

Ello, teniendo en cuenta que resulta tan evidente y drástica la imputación que pesa sobre la acusada, así como la prueba que la sustenta, que aun cuando las instrucciones relativas a los delitos de omisión impropia hubieran cumplido los recaudos arriba señalados, el resultado al que se llegaría no se modificaría.

Dicho en otras palabras, de haberse formulado las instrucciones conforme al modo propuesto con anterioridad, no habría variado la solución que ha sido aquí objeto de cuestionamiento.

En virtud de las consideraciones precedentes, al igual que mi colega preopinante, entiendo que debe darse respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto del Dr. JOSÉ V. VALERIO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados por la defensa de Yamila Micaela Ibáñez Benavídez y de Maximiliano Ezequiel Ortiz Rosales.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

4- DI CESARE MELLI. 08-01-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=448>

Lex: Art. 79 del CP. Art. 80 inc. 11° del CP.

Vox: Homicidio simple. Homicidio agravado. Violencia de Género. Femicidio. Perspectiva de género. Relación de pareja. Recurso del querellante. Doble conforme.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** por entenderlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

El **MPF**, la parte **querellante** y la **defensa** técnica interponen recursos de casación.

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

La **SCJM** desestimó el recurso de la querella, rechazó el recurso de la defensa e hizo lugar parcialmente al recurso del MPF, casó la Sentencia y condenó a la pena de **prisión perpetua** al imputado como autor del delito de Homicidio Calificado por haber mediado Violencia de Género (art. 80, inc. 11 del CP.)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 756, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sánchez
- Yaciofano
- Aguirre
- Cruz Juárez
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Cruz Huanca, Sixto
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 12-10-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Chacón Arroyo. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcCAY.pdf
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Gutiérrez Fernández. 24-09-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf
- Arzuza. 24-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210624_FcArzuza.pdf
- Ibañez Benavidez y ot. 30-12-20:

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf

- Freites De Ruiz Sánchez. 17-11-89.
- Chacón Moyano. 23/12/2019 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf

b-CIDH

- Veliz Franco Vs. Guatemala. 19-05-04:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf
- Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala. 19-11-15:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Gutiérrez Hernández vs. Guatemala. 24-08-17:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_357_esp.pdf
- Barreto Leiva vs. Venezuela. 17-11-09:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Mohamed vs. Argentina. 23-11-12:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

c-CNCCyC. Sala III

- Sanduay, Sandro -06-09-16:

d-CSJN

- P., S. M. 26-12-19.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7575641&cache=1692624104942>
- Casal, Matías Eugenio. 20-09-05.
- <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692622111200>
- Duarte.
- Mattei.
- Fallo 311:148;
- Fallo 330:1072

e-SCJCb

- S., M. A. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo. 10-09-19: voto de la Dra. Aída Tarditti

Doctrina citada.

SEGATO, Rita Laura, «Las estructuras elementales de la violencia», Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 55

FACIO, Alda, Fries, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17

JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano G. de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 29/66

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

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

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04879157-8/1((018602-97026)) FC/ D. C. M., A. S. P/ HOMICIDIO AGRAVADO (97026) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963270*

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04879157-8/1, caratulada "F. C/ D. C. M. A. S. P/HOMICIDIO AGRAVADO P/REC. EXT. CASACIÓN".

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

La titular de la Fiscalía de instrucción N° 18 y de la Unidad fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia institucional, la parte querellante y la defensa técnica interponen recursos de casación (fs. 759/779, 780/791 vta., 804/815 vta.) contra la sentencia N° 756 (fs. 734 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a A. S. D. C. M. a la pena de dieciocho años de prisión por entenderlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza necesaria requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que el día... a las... horas aproximadamente, A. S. D. C. M. llegó en su automóvil... de color negro hasta calle... de Maipú y allí se subió al vehículo la víctima de autos J. G.. Ese día, en el interior del rodado A. D. C. atacó a golpes a la víctima y a partir de ese momento, ninguna otra persona volvió a tener contacto alguno con J. G., hasta que el día... se produjo el hallazgo de su cadáver. De modo tal que, cuarenta y ocho horas antes del hallazgo del cadáver, aproximadamente, A. D. C. trasladó a J. G. hasta una zona inhóspita situada en... de Luján de Cuyo, y allí mediante estrangulamiento y la utilización de piedras, la golpeó en reiteradas ocasiones en el cráneo provocándole la muerte.

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los principales elementos de prueba: las declaraciones de los peritos intervinientes, de los familiares de la víctima y del acusado, así como de los vecinos que vieron con vida por última vez a J. G.; el resultado de la necropsia; los informes técnicos sobre los datos extraídos del teléfono del imputado; el resultado del allanamiento ubicado en el inmueble ubicado en calle... de Maipú, el descargo de A. D. C.; el resultado de las medidas practicadas por Policía Científica sobre el automóvil del imputado y sobre el cuerpo de la víctima.

II.- Los recursos de casación formulados

1.- El recurso del Ministerio Público Fiscal

En el nivel de los vicios in procedendo, la representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que la sentencia posee un contenido contradictorio, parcial y sin perspectiva de género que demuestra que el tribunal se ha apartado de la sana crítica racional en la elaboración de sus conclusiones. En este orden de

ideas, realiza una crítica individual a la aproximación del a quo a los elementos probatorios, que pondrían de relieve insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en las relaciones interpersonales y que, por su arbitrariedad, invalidarían la sentencia respecto de la prueba de las circunstancias agravantes del homicidio. Por su parte, en el nivel de los vicios in iudicando, la recurrente advierte que el hecho imputado a D. C. fue erróneamente calificado como homicidio simple cuando, en verdad, se trataría de un supuesto encuadrable en las previsiones del art. 80 inc. 1 y 11 C.P.

2.- El recurso de la querellante

Después de citar normativa internacional de jerarquía constitucional, nacional y provincial, así como jurisprudencia y doctrina, la querellante sostiene que la sentencia puesta en tela de juicio es ajena a la perspectiva de género, circunstancia que obsta a su validez. De este modo, la ataca por ilógica y arbitraria. Agravio que pertenece al dominio de los vicios in procedendo. Entre otros argumentos que sustentan su postura explica que el a quo no sólo no escuchó a la víctima, sino que la juzgó, hasta hizo juicios de valor sobre su conducta como “decidida, independiente, de personalidad extrovertida y acostumbrada a relacionarse fácilmente”. Acto seguido, expresa un vicio in iudicando relativo a la calificación del homicidio, frente al que postula que corresponde encuadrarlo en las previsiones del art. 80, incs. 1 y 11 CP. Ello, habida cuenta de que la inexistencia de relación de pareja tenida en cuenta por el tribunal de juicio se basa en una conceptualización incorrecta del elemento típico del art. 80 inc. 1 CP, mientras que el contexto de violencia de género requerido por el art. 80 inc. 11 CP no fue interpretado por los sentenciantes de acuerdo al derecho contravencional y los precedentes de este máximo tribunal provincial.

3.- El recurso defensivo

La presentación de la defensa realiza, en el nivel de los vicios in procedendo, una crítica individual de las pruebas producidas en el debate, las cuales, según su punto de vista, no permitirían quebrantar el estado de inocencia de D. C. Las mismas se refieren a los resultados arrojados por el informe de necropsia respecto de la fecha en que se produjo la muerte, así como el sentido de las declaraciones de los testigos Ch. y F., el cual daría cuenta que J. G. estuvo en contacto con terceras personas no identificadas después de encontrarse con A. D. C.. Por su parte, en lo que hace a los vicios in iudicando, objeta la medida de la pena impuesta por ser desproporcional al hecho atribuido en tanto medida de la culpabilidad. En esta línea, refiere las pautas mensuradoras de la pena, las relaciona con los extremos del hecho que entiende relevantes y, finalmente, las vincula con citas de doctrina y jurisprudencia.

III.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto

El Fiscal Adjunto en lo Penal entiende que corresponde hacer lugar al recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal, rechazar el recurso defensivo y desestimar formalmente la pretensión de la querellante particular.

En primer lugar, y en relación con el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, el Fiscal Adjunto considera que el mismo es claro y contundente, tanto al subrayar que el tribunal de juicio elabora la sentencia al margen del paradigma de género, pese a las pruebas que acreditaban la relación de pareja existente, así como respecto a la arbitrariedad en la que se incurrió al calificar el hecho como un homicidio simple.

Referido a esto último, el dictamen reseñado explica que se encuentra probada la relación entre víctima y victimario y el contexto de violencia de género, lo que justifica la aplicación de las figuras contempladas

en el art. 80 incs. 1 y 11 CP. En apoyo de esta tesitura despliega argumentos probatorios, dogmáticos y positivos.

En segundo lugar, y con base en los **precedentes «Sánchez» y «Yacifano»**, la Procuración General se remite al criterio sostenido por esta Suprema Corte respecto a la interpretación del art. 477 CPP, según la cual la resolución recurrida no se encontraría entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación por la parte querellante.

En consecuencia, estima que corresponde se declare formalmente inadmisibile su pretensión.

Finalmente, en lo que hace al recurso defensivo, contesta la vista conferida y rebate sus argumentos, en el nivel de los vicios in procedendo, como el anverso lógico de la validación de los argumentos de la acusación, a los que remite.

Puntualiza el resultado de las declaraciones de los peritos y especialistas intervinientes, así como las circunstancias espacio-temporales del homicidio y la prueba de cargo que indica que la víctima se subió al automóvil del imputado antes del hecho.

Finaliza, poniendo de relieve que en las muestras extraídas de las uñas de J. G. se hallaron rastros marcadores de cromosoma pertenecientes al acusado, sumado a los restos de sangre encontrados en el interior del vehículo, elementos que el Fiscal Adjunto en lo Penal entiende constituyen prueba irrefutable de la autoría del condenado.

Por último, en relación con la determinación de la pena solicitada por la defensa, considera que es incompatible con la calificación de los hechos.

Todo lo cual lo convence de que corresponde rechazar el recurso.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Conforme se desprende de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde admitir formalmente el recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la defensa técnica, respectivamente, y rechazar el deducido por la representante de la querellante particular.

En lo que concierne al fondo de la cuestión, por su parte, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al planteo casatorio deducido por la acusación pública, únicamente en relación con la aplicación de la agravante prevista por el art. 80 inc. 11 CP.

En función de la solución que propicio, en primer lugar, me expediré en orden a la procedencia formal de las impugnaciones sometidas a consideración de esta instancia; y, luego, en relación a los cuestionamientos de fondo.

a) Sobre la admisibilidad formal de los recursos interpuestos

Tal como anticipé, corresponde analizar de forma preliminar si los recursos de casación intentados resultan formalmente admisibles.

Ello en tanto, de ser ello afirmativo, se encontrará habilitado el tratamiento en su aspecto sustancial.

A los fines de analizar la procedencia formal de los recursos deducidos resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento es recurrible objetivamente.

En ese sentido, se advierte que el decisorio emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 constituye una sentencia condenatoria, por lo que es susceptible de ser recurrida por los representantes del Ministerio Público Fiscal de acuerdo con lo prescripto por el art. 476 inc. 3 CPP.

Por su parte, en lo que concierne a los requisitos de impugnabilidad subjetiva, de señalarse que el recurso de casación referido reúne los recaudos procesales pertinentes, en tanto esa parte ostenta interés y tiene la facultad para interponerlo.

Consideraciones estrictamente análogas corresponde efectuar respecto del recurso deducido por la defensa técnica.

Ahora bien, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del recurso interpuesto por la representante de la querellante particular.

Ello en tanto, la sentencia puesta en tela de juicio no es susceptible de ser recurrida de acuerdo con lo prescripto por el art. 477 CPP.

Es decir que, en principio, aquella resolución no supera el control de impugnabilidad objetiva en lo que hace al recurso de la representante de la querellante.

Por su parte, en lo que hace a la impugnabilidad subjetiva, cabe llegar a la misma conclusión. En relación con la última cuestión, esta Corte ya se ha expedido en «**Aguirre**», donde se sostuvo la constitucionalidad del art. 477 del CPP, pues, si bien la querellante particular ostenta interés, éste se encuentra amparado por el ejercicio efectivo de la facultad de impugnar por parte del Ministerio Público Fiscal.

En esa línea, se explicó que en nuestro ordenamiento procesal la intervención del particular damnificado es coadyuvante a la actividad de quien tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal pública –el Ministerio Público Fiscal–, por lo que su intervención en el proceso resulta limitada y, en consecuencia, también sus facultades recursivas (cfr. arts. 8, 10, 26, 452 y 477 del CPP).

Esta última afirmación obedece a que la ley procesal, al otorgarle la posibilidad de recurrir, lo hace condicionadamente, reservando el ejercicio de la totalidad de las facultades procesales correspondientes al ejercicio de la acción pública a su titular quien, en definitiva, también representa los intereses del querellante particular, lo que no aparece contrario a la normativa constitucional y convencional vigente (al respecto, ver el desarrollo argumental en los precedentes «Aguirre» y «Cruz Juárez»).

Siendo así y teniendo en cuenta que la legislación procesal de Mendoza sólo admite que el querellante particular deduzca recurso de casación contra las sentencias de sobreseimiento, confirmadas por el Tribunal de apelación o de juicio, y las sentencias absolutorias, siempre que hubiere solicitado la imposición de una pena (art. 477 en función del 476 del CPP), se impone el rechazo formal de su presentación.

Dicho de otro modo, aun cuando las querellantes particulares ostentan interés con la interposición del recurso deducido, no tienen la facultad legal para hacerlo.

Sin perjuicio de ello, y en consonancia con la tutela judicial efectiva aludida en el apartado precedente, corresponde destacar que, en el caso concreto, el interés de la querellante particular no sólo ha sido viabilizado por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien no solo ha deducido casación contra la resolución adversa a los intereses de la víctima, sino que los agravios resultan coincidentes, lo que patentiza la concreción del reclamo.

En consecuencia, encontrándose garantizada la tutela judicial efectiva de la querellante en las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal, considero que el rechazo aludido precedentemente no deriva en ninguna vulneración de sus derechos.

En definitiva, para la parte querellante la resolución cuestionada no es ni objetivamente impugnabile por ser una sentencia condenatoria, ni subjetivamente, por ser solo el Ministerio Público Fiscal quien puede ejercer esa facultad recursiva.

b) Análisis de la cuestión de fondo

Para el tratamiento de la pretensión recursiva de la acusación pública y la defensa técnica entiendo que resulta conveniente señalar los puntos nodales del fallo recurrido a la luz de los agravios de las partes, los cuales permitirán establecer las cuestiones a dilucidar a fin de formular la solución que corresponde dar a ellas en el caso concreto.

i. Consideraciones sobre la prueba del hecho y la autoría con base en los agravios del recurso defensivo

La defensa se agravia en que no se encuentra acreditado que D. C. sea el autor del homicidio de J. G. En pocas palabras, sostiene la ilogicidad del contenido de la sentencia y solicita se absuelva al imputado por el beneficio de la duda.

En esta línea despliega una estrategia con una doble línea argumental. Por un lado, sostiene que D. C. no fue la última persona que tuvo contacto con J. G., sino que ella estuvo con terceras personas no identificadas, circunstancia que el tribunal ignoró al no prestar la debida atención a la declaración de T. F. Declaración que enlaza con las de J. C. Ch., así como la madre, el padre y los primos del imputado. Por otro lado, la defensa cuestiona la fecha de la muerte de J. G., quien no habría fallecido el día 21 de setiembre del año 2016, tal como lo indica la acusación y ratifica el tribunal, sino que lo hizo el día 25 de setiembre de ese mismo año.

Sustenta esta visión de los hechos en los informes y testimonios de M. G., J. N. y A. S. L.; profesionales de la salud que dan por acreditada esta última fecha como la del deceso de la víctima. T. F. habría precisado ver a J. G. por última vez alrededor de las 20 hs., cuando se subía a un auto grande (dando precisiones de lo que entiende por baúl «la colita de atrás» siendo que un auto... del defendido es un auto chico y sin baúl) y que la persona que manejaba ese auto era una persona mayor de alrededor 50 años con pelo canoso a los costados, especificando que lo vio (f. 808 vta.).

En relación con esto último, si bien es cierto que T. F. –así como J. C. Ch.– es en algunos momentos de su declaración impreciso, estas imprecisiones rápidamente pierden peso cuando se valoran a la luz del resto del plexo probatorio.

El cual, en línea con Tribunal sentenciante, entiendo inequívoco en relación con la responsabilidad individual del acusado. Es que lo más importante es que T. F. (y J. C. Ch.), más allá de los matices en sus dichos, confirmó que el día... –alrededor de las... hs.– vieron a J. G. en las cercanías de calles... del departamento de Maipú vestida de negro con campera oscura e intercambiaron con ella saludos y alguna frase, dado que la conocían del barrio.

Además, el mismo T. F. la vio subir a un auto negro que calificó de lujoso (véase fs. 741 y vta.).

Dicho esto, entiendo que no existen elementos que permitan aceptar la idea de que la introducción de terceros permitiría considerar que el acusado debe ser absuelto por el principio de la duda.

Las imprecisiones de los testigos mencionados al momento de declarar no fracturan el cuadro probatorio y, por ende, no corresponde hacer decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio.

Sumado a lo anterior, se encuentra el hecho de que el propio acusado admite haber estado con J. G. antes de que ella fuera vista subirse al automóvil por última vez. Solo que, en un intento de desvincularse del hecho, la describe con ropa de correr.

En definitiva, el planteo defensivo al apoyarse en las fallas en las apreciaciones de los testigos mencionados no alcanza lo que se propone.

Del mismo modo que no alcanzan las preguntas retóricas formuladas a fs. 812 del escrito –ni las fotografías ofrecidas catorce meses después del hecho, que darían cuenta que D. C. el xx/xx/20xx se encontraba con su familia– en tanto razonamientos contrafácticos divorciados del material probatorio.

Sucintamente: la defensa no consigue introducir una hipótesis alternativa a la de la acusación que se erija como una explicación verosímil de los hechos.

Ahora bien, en lo que hace al segundo tramo del planteo defensivo, en sede de debate los peritos intervinientes fueron interrogados exhaustivamente sobre los métodos utilizados y las conclusiones alcanzadas al realizar la necropsia y determinar el día de la muerte. Sobre precisiones técnicas no entraré, pero no quedaron dudas de que, con base en el grado de descomposición y la existencia de moscas autóctonas de la zona de... en el cadáver (entre otros indicios), el deceso había transcurrido días antes del..., siendo perfectamente coincidente el resultado del trabajo científico con la fecha indicada por el Ministerio Público Fiscal.

En lo que respecta a los contrastes entre los resultados de los análisis realizados por el perito entomólogo F. A. y los realizados en el informe de necropsia practicado por la Dra. M. G., al que adhirió el Dr. N. y la Dra. S., entiendo han sido correctamente valorados por el a quo.

Es que ellos no pueden ser leídos de una manera aislada, fragmentada y a modo de islotes teóricos, sino que sus resultados deben ser articulados con el resto del plexo probatorio, el cual habla a favor de la hipótesis acusatoria en relación con la fecha del deceso.

Así, existen más indicios de que la muerte se produjo el día..., tal como propone la acusación. En efecto, en las primeras horas de la mañana del día... de ese mes se produjo el hallazgo de la campera y documentación de la víctima.

Objetos que fueron encontrados por M. R. y C. R., quienes ese día salieron en un camión de la empresa en que trabajan en dirección a la ripiera en donde cumplen labores en la zona de..., en las cercanías de... Hallazgo al que deben sumarse los testimonios de Ch. y F., quienes aseveraron verla por última vez en cercanías de su domicilio con una campera oscura. Es decir, la fecha del deceso no es antojadiza y se basa en una visión global de la prueba receptada (véase en detalle el análisis de f. 739 vta.).

En otro orden de ideas, a la par de la refutación precedente del planteo defensivo, debe considerarse el cúmulo de indicios que señalan a D. C. como el autor individual del hecho. En esta retrospectiva seré concreto y me limitaré a mencionar:

a) la existencia de rastros marcadores de cromosoma pertenecientes al acusado en las uñas de J. Ello echa por tierra el descargo del imputado –en el sentido de que cuando la víctima estuvo con él en el coche estaba vestida con ropa deportiva, ya que volvía de correr– pues, si esto hubiese sido así, como razona el a quo, probablemente habría tomado un baño antes de cambiarse de ropa para salir y los rastros de ADN hubiesen desaparecido (véase f. 740 vta.).

b) Los hallazgos de sangre en el automóvil propiedad del acusado, en diversos lugares y siempre del lado del acompañante.

En este marco, la Oficial Inspector de Policía Científica sostuvo que quien sufrió las lesiones estuvo durante un tiempo prolongado en el asiento del acompañante y que las muestras hemáticas fueron extraídas del apoyacabeza delantero derecho, del tapizado del piso posterior lateral derecho, del techo del vehículo, del cinturón de seguridad y del socalo delantero derecho. A lo que agregó que también el tapizado del asiento delantero pudo sufrir alguna limpieza (f. 741). Como sostiene el a quo, los rastros hemáticos hallados dan cuenta de una fuente manante que despidió gran cantidad de sangre y que en el vehículo hubo un despliegue de violencia apreciable. Derivación lógica que el acusado intentó minimizar diciendo que se trató de un golpe con el codo en la nariz.

c) Los contactos telefónicos entre víctima y autor a las 18:01, 18:40 hs. y 19:02, que dan cuenta, con base en el análisis de las antenas activadas que J. G. se contactó con el acusado en dos ocasiones desde su domicilio o cercanías y luego, minutos después, lo hizo con su madre desde Luján.

d) Asimismo, otro indicio relevante es que los días subsiguientes el acusado realizó llamativas visitas a páginas de internet con ingresos tales como «cuerpo cerca de...», «encuentran a joven en...», «así se descompone el cuerpo al morir», «qué tan duraderas son las huellas dactilares», etc. (véase exhaustivamente fs. 742 y vta.). Búsquedas realizadas con antelación al hallazgo del cadáver y frente a las que el imputado se limitó a afirmar que no fueron hechas por él.

e) Por último, el descargo del acusado no solo es inverosímil en relación con los tópicos buscados en internet después del hecho, sino también en relación con su coartada en el momento del hecho, pues, no sólo no se encontró con J. G. cuando ella volvía de correr, sino que, a su vez, tampoco estuvo con su familia en el momento del homicidio. El juez deriva esta conclusión de que el día... a las... hs. aproximadamente D. C. llamó a su novia y le comunicó que había sido víctima de un intento de robo en su auto y de que había sido lesionado.

Pero al encontrarse con la familia nada comentó, lo que el a quo entiende que es producto de que la lesión en verdad fue debido a los intentos infructuosos de J. G. al defenderse.

En suma, en contra de las pretensiones del recurrente, cuyas razones ahora se analizan, entiendo que el tribunal de juicio alcanzó correctamente la certeza en cuanto a que J. G. perdió la vida de forma violenta entre las... horas del día... y las primeras horas del día... a manos de A. D. C. Descarto así, el primer agravio del recurso de la defensa.

ii.- Sobre la calificación jurídica del hecho

Dejado de lado cualquier problema de prueba relativo a la existencia del hecho en tanto muerte violenta a manos del acusado, corresponde ahora evaluar la corrección de su encuadramiento jurídico.

Es decir, la adecuación de los hechos considerados probados con base en el derecho positivo vigente. Como es sabido, el tribunal de juicio condenó al acusado por homicidio simple, mientras que la representante del Ministerio Público Fiscal –así como la parte querellante– solicitaron se aplicase la figura del homicidio calificado por mantener o haber mantenido una relación de pareja junto con la agravante de femicidio.

Éste es el agravio central del recurso del Ministerio Público Fiscal en esta instancia. De este modo, en el nivel de la aplicación del derecho las cuestiones centrales giran alrededor de dos conceptualizaciones que son objeto de una intrincada controversia en los últimos años: el alcance de la relación de pareja y del contexto de violencia de género, en tanto elementos típicos de las figuras supra mencionadas.

ii.1. Sobre la relación de pareja en tanto elemento típico del art. 80 inc. 1 CP

ii.1.a. El criterio del a quo Los jueces sentenciantes realizan una aproximación formal al tipo penal del art. 80 inc. 1 CP.

Como esta norma no define el concepto «relación de pareja», el tribunal de sentencia toma otro instituto para su interpretación: la «unión convivencial» del Código Civil y Comercial de la Nación (véanse referencias a precedentes jurisprudenciales a fs. 747 vta.).

A continuación, analizaré esta conceptualización en el plano de los fundamentos, así como en el de sus consecuencias frente a casos concretos.

El tribunal de sentencia expresa que para que se configure una «relación de pareja» debe existir un cierto compromiso emocional, con carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto común.

Estos presupuestos son los exigidos por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 509 para apreciar una unión convivencial, la cual es definida como una «unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo».

Ahora bien, a mi modo de ver, al asumir esta conceptualización a través de citas jurisprudenciales y doctrinales, el tribunal a quo soslaya la diversidad de formas y vivencias en las que pueden relacionarse las personas.

Así, la construcción de relación de pareja que la sentencia utiliza responde a una concepción con un sesgo moralizante de las relaciones interpersonales de las que deriva un conjunto de condiciones que no explica bien por qué deben tener relevancia normativa en el plano jurídico-penal.

Advierto entonces un problema de fundamentación en relación con esta referencia a la norma jurídicocivil.

Un problema con implicaciones centrales, pues tiene incidencia en los derechos fundamentales de las personas involucradas en relaciones interpersonales –tales como la intimidad y privacidad, así como la autonomía y libertad de las personas– que no se adecúen a este modelo. Veamos entonces si existen buenas razones para atribuirle relevancia en el plano jurídico-penal a la definición del art. 509 del CCCN. La categoría de singularidad hace referencia a un modelo de organización familiar centrado en la monogamia. Respecto de la condición de estabilidad se establece que el vínculo no puede ser momentáneo ni accidental, sino de una relación duradera, perdurable.

La publicidad, por su parte, está dada por la exteriorización a la comunidad del vínculo, es decir, que no esté disimulada, ocultada o abstraída de la posibilidad de ser conocida por terceros.

Y, por último, la notoriedad, requisito unido al anterior, implica que la relación debe ser evidente e innegable. Lo precedente da cuenta de los requisitos necesarios para la existencia de una unión convivencial, es decir, una figura jurídica relativa al estado civil de las personas, con consecuencias civiles y patrimoniales para sus integrantes.

Ahora bien, estos supuestos son los necesarios para conformar el instituto, más no para comprobar la existencia jurídico-penalmente relevante de una «relación de pareja». En el caso concreto en análisis, es indudable la existencia de un vínculo –al menos– de carácter sexual entre el acusado y la víctima.

La existencia de mensajes y encuentros sostenidos durante un mes aproximadamente dan cuenta de ese extremo. Respecto de los supuestos a los que la sentencia condiciona la existencia de una relación de pareja puede decirse en relación con la singularidad, que la verificación o no de otros vínculos, no invalida la relación.

De hecho, como veremos a continuación, el núcleo duro en el plano jurídico-penal es la existencia de una relación de confianza especial, la cual puede existir en relaciones de dos o más personas.

Por su parte, el análisis de la estabilidad decanta en una cuantificación y valoración del tiempo de un vínculo que debe precisarse cualitativa y cuantitativamente, tarea que no ha sido ejecutada adecuadamente por el a quo.

Asimismo, el hecho de exigir la publicidad y notoriedad de una relación, demanda ser extremadamente cauto, pues, aunque las relaciones de pareja generalmente presentarán estas notas, no siempre será así. Imaginemos a quienes tienen una relación que deciden mantener en su fuero íntimo.

Ello en tanto, la objetivación de la relación queda restringido a la órbita del ejercicio autónomo de la intimidad y en la decisión de sus integrantes de hacer público un vínculo y ante quiénes.

Del mismo modo, la existencia o no de proyecto de vida también avanza sobre la autonomía de quienes integran el vínculo, de su propia historia personal, sus contextos, oportunidades, deseos, expectativas entre tantos otros condicionantes.

Es que, si bien estos caracteres diseñarán una relación arquetípica y, en muchos casos concurrirán de manera conjunta, en otros casos pueden concurrir de manera más atenuada o incluso no hacerlo. En este plano, no debe perderse de vista que las relaciones humanas y su configuración se modifican con el tiempo y los contextos y esto obliga a su reinterpretación.

La mirada jurídica debe ser situada, actualizada y contextualizada, entendiendo que las distintas modalidades de vinculación han ido cambiando de acuerdo con el concreto estadio de la sociedad en la que se realiza. Son los conceptos los que deben permitir analizar los nuevos contextos y no forzar las relaciones interpersonales para que encuadren en casillas rígidas.

Al respecto se puede entender que las diferentes modalidades de vinculación han ido cambiando de significación a lo largo de los diferentes momentos históricos.

Es decir, que el contexto sociocultural facilita y promueve determinados vínculos sobre otros.

En este sentido, por ejemplo, los medios de comunicación y las redes sociales cobran un lugar privilegiado como nuevas modalidades de encontrarse con otra persona, un encuentro mediado por la tecnología, y con características propias.

Pero la conceptualización del tribunal de juicio no solo peca por inmotivada en el plano de los fundamentos -pues, en la sentencia nada se dice sobre la génesis de la identificación con la categoría jurídico-civil-, sino también en el plano sistemático.

Es que un concepto de relación de pareja en tanto unión convivencial es demasiado estrecho al conceder una ventaja injusta al autor del hecho: ello en tanto, éste materialmente puede encontrarse en una relación que genera una confianza especial con la víctima y, no obstante, no verificarse en el caso concreto las pautas de la unión convivencial.

Todo lo cual, a la inversa, le otorga una injusta desventaja a la víctima que queda desprotegida por no adecuarse al modelo establecido por la conceptualización jurídico-civil.

En suma, el tribunal de juicio pretende asignar al elemento típico «relación de pareja» un sentido técnico que no tiene, remitiéndose a lo establecido en el **Código Civil y Comercial en su art. 509** sin fundamentar su equivalencia ni explorar en profundidad las consecuencias sistemáticas de dicha afirmación.

De este modo, a pesar de que coincido con la conclusión a la que llega el a quo en relación a que no resulta aplicable al caso en análisis la agravante del **art. 80 inc. 1 del CP**, lo hago guiado por razones diversas, de carácter material, y que explicaré a continuación.

ii.1.b. La interpretación propuesta y su aplicación al caso concreto

No puede resolverse la cuestión relativa al alcance del concepto de pareja mediante el recurso directo a categorías del derecho civil, tales como la de la unión convivencial.

Ello en tanto, si bien es cierto que en el Derecho privado se encuentran valiosas claves para determinar el sentido de los elementos típicos de las figuras de la Parte especial del Código penal, no es menos cierto que en muchos casos ello no basta.

Hace tiempo que dejó de sostenerse que las leyes penales muestran una naturaleza plenamente accesoria a las normas de Derecho público, limitándose a la imposición de sanciones penales por la infracción de normas que no le son propias y le preceden cronológicamente.

En efecto, si bien muchas veces esto es así, en otros casos, no poco frecuentes, debe realizarse una interpretación más compleja de los elementos típicos prestando especial atención al estadio social de la sociedad en la que son aplicadas.

Lo importante, entonces, es la génesis de la obligación jurídica, la cual no se puede establecer al margen de la determinada configuración normativa de la sociedad en la que las personas se vinculan en un determinado momento histórico.

Así, si una equiparación directa entre relación de pareja y unión convivencial no es suficiente para descifrar el sentido de la norma jurídica, entonces debemos preguntarnos si es posible desentrañar su alcance mediante un criterio de carácter material e histórico.

Es decir, el desafío consiste en buscar las razones que fundamentan la existencia de la agravante en relación con el homicidio simple, hoy.

En este sentido, creo que la relación de pareja debe interpretarse en clave objetiva con base en la idea de un vínculo de confianza especial entre autor y víctima.

Un vínculo con determinadas notas que permiten predicar de él o adscribirle el carácter de relación y del que se derivan deberes positivos equiparables a los existentes para los cónyuges o para padres/madres e hijos.

Pero ¿cuándo hay confianza especial en tanto relación de pareja del art. 80 inc. 1 CP y cuál es su especificidad?

Antes que nada, debe recordarse que la respuesta a esta cuestión debe estar guiada por la garantía de máxima taxatividad y su prescripción para los jueces y juristas –en tanto derivación lógica– de practicar una hermenéutica que nutra de contenido a los conceptos sin diluir los límites del tipo y buscando la mayor determinación del supuesto fáctico de la norma primaria.

Presupuesto, a su vez, de una aplicación igualitaria y proporcional la norma secundaria. Después, me parece central no perder de vista que el inc. 1 del art. 80 CP contempla las infracciones a deberes positivos en tanto derivaciones propias de la relación matrimonial, paterno/materno-filial y equiparables como la relación de pareja.

Ya es sabido que mientras los deberes negativos se refieren a la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa del de los demás, de manera que la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en una libertad puramente negativa, los deberes positivos son propios de quien ocupa un «estatus especial».

Este estatus especial lo poseen los funcionarios respectos de la Administración Pública, los padres respectos de los hijos y viceversa, los cónyuges entre sí y, además, algunas personas vinculadas por una relación de confianza especial.

Es que cuando dos personas confían mutuamente entre sí, también incorporan expectativas frente a la específica forma de interacción que exceden a las propias de los deberes negativos.

En efecto, quien forma parte de una relación de pareja tiene la legítima expectativa de que el otro, además de no dañarlo en tanto deber negativo, provea a su bienestar en tanto deber positivo. De este modo, cualquier agresión en la pareja requiere ser refutada de un modo más drástico.

Así, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la figura del homicidio simple, donde se trata de no dañar al otro a través de la configuración del propio ámbito de organización, en el caso de los homicidios calificados comprendidos en el inc. 1 art. 80 CP, se trata de la infracción a deberes positivos derivados de la existencia de instituciones tales como la paterno/materno-filial o la matrimonial que como tales se configuran con base en la idea de «altruismo». Sobre esta base, lo relevante es que quienes forman parte

de la institución positiva, además de no dañar al otro, tienen deberes de fomentar o mejorar su situación, plataforma con consecuencias dogmáticas diversas tales como la posibilidad de imputar el resultado en comisión por omisión –y no como una omisión pura–.

Así, desde este punto de vista, entiendo que el mayor contenido de injusto del hecho del autor que mata a la persona con la que mantiene una relación de pareja se basa en que entre ambos existe una confianza especial de una intensidad tal que hace nacer una posición de garantía frente al otro, idéntica a la que caracteriza al vínculo paterno/materno-filial o matrimonial en los términos del art. 80 inc. 1 CP.

Hay comportamientos creadores de confianza especial en el marco de una pareja cuando se tiene un interés legítimo en que el otro preste un auxilio o realice una prestación factible en un contacto social determinado. Expectativa que surge de la previa unión de dos ámbitos de organización en tanto conexión de ámbitos vitales de una cierta intensidad.

En consecuencia, que el hecho de quien mata a su pareja merezca más pena para ser refutado se basa en la idea de que, además de infringirse el deber negativo de no dañar, se infringe un deber positivo en tanto expectativa legítima de que la pareja contribuirá al bienestar.

Y no importa tanto si a este marco quiere llamársele noviazgo, relación sexo-afectiva o unión convivencial. Lo que importa es que quien se encuentra en una relación de pareja en los términos del inc. 1 del art. 80 CP defrauda la expectativa legítima del otro al bienestar recíproco y, así es correcto efectuar un reproche distinto a canalizarse mediante la figura agravada.

Si se observa la específica estructura de las relaciones entre las personas en las sociedades modernas, se puede afirmar, sin más, que estas giran en torno a las ideas de libertad y confianza, caracterizándose por sus vertiginosos cambios.

De este modo, no se puede proponer una definición estricta y cerrada, pues la misma se cristalizaría rápidamente deviniendo obsoleta.

Sin embargo, como se trata de un elemento típico, tampoco podemos conformarnos con una noción prejurídica de carácter netamente social.

Así, al menos, deben determinarse los topes o extremos del segmento que comprende la relación de pareja que agrava el homicidio.

Un razonamiento inductivo, de orden negativo y con base en la experiencia inmediata de la vida cotidiana, permitiría dejar fuera de la relación de pareja casos como el de quienes se conocen por medio de un sitio Web (o aplicación) y mantienen un único encuentro: nadie puede confiar en quien conoce sólo por unas horas.

Ello así, no se trata de la subjetividad de las personas –pensemos en quien conoce a otro y se enamora inmediatamente–, sino de un vínculo que, como ya veremos, debe descifrarse en clave objetiva.

No obstante, este ejemplo sirve de «caso claro» y permite comenzar a delimitar el concepto.

Dicho de otro modo, pareciera que la relación de pareja, ya sea tanto por esta experiencia inmediata de la vida cotidiana o por el uso del lenguaje debe tener cierta permanencia en el tiempo, aunque sea mínima.

Pues bien, la duración en el tiempo evidencia que entre las personas ha existido un proceso de conocimiento que fundamenta razonablemente la expectativa de confianza y bienestar en el otro y la sustenta objetivamente.

Por ello, aunque alguien pueda confiar en otro a primera vista y esperar ciertas prestaciones que excedan el mero «no dañar», ello no es razonable, menos aún en una sociedad con contactos altamente anónimos.

Pero cuánto es el tiempo en el que un vínculo entre personas deviene relación no es algo que podamos determinar con toda precisión.

Ya que es posible que la legitimidad del nacimiento de la confianza especial y los deberes positivos no dependa de su duración, sino de su específico modo de configuración, que bien puede «significar mucho». Y con esto paso a la segunda de las notas que caracteriza a una auténtica relación de pareja en tanto elemento típico del art. 80 inc. 1 CP: su exteriorización mediante actos objetivos que concretan un proceso de autoconocimiento como fundamento de la confianza que genera una expectativa de bienestar mutuo. Con estos actos me refiero a la específica forma de vinculación de las personas, la asiduidad de la comunicación, así como su contenido simbólico expresivo.

Dicho de otro modo, para que exista relación de pareja a los fines del art. 80 inc. 1, entre las personas debe verificarse un proceso de comunicación que exteriorice objetivamente con cierta permanencia un conocimiento mutuo, en tanto fundamento (racional) de la confianza en el otro y la expectativa de bienestar.

Naturalmente, influirá en esta valoración de estos elementos con contenido simbólicoexpresivo si se verifica un intercambio sexo-afectivo entre los integrantes –así como si se producen intercambios de experiencias íntimas, intersubjetivas o los sujetos «se muestran como son», pero esto no será excluyente. Piénsese en las relaciones entre personas asexuales que igualmente mantienen un vínculo personal que predetermina las expectativas recíprocas entre ambos, así como, a la inversa, casos de personas con motivaciones acotadas a la experimentación sexual y que no tienen sentimientos vinculares para con la otra.

Esta exteriorización objetiva del vínculo que se expresa en el desarrollo de la relación puede configurarse de múltiples formas y por ello no es posible realizar aquí una enumeración extensiva de ellas.

Lo que importa es que el vínculo entre personas se sitúe en diversas instancias sociales que hagan nacer una expectativa legítima (por legítima entiendo racional) de que la pareja coadyuvará al bienestar del otro, cuya defraudación aumenta el contenido de injusto del hecho.

Hasta aquí, he intentado delimitar cuándo nace la relación de pareja con relevancia jurídico-penal, es decir, cuándo hay una expectativa legítima que permita esperar del otro un determinado comportamiento que haga nacer en él un deber de proveer al bienestar común y, cuya infracción, conduzca a un reproche de mayor entidad. Idea que, si bien nació ligada a la institución familiar, hoy se desvincula de ella hasta adquirir nuevas formas, lo que no ha escapado al juicio del legislador.

Ahora bien, los problemas no se reducen únicamente a cuándo comienza la relación de pareja, sino también a cuándo acaba, esto es, cual es el otro extremo del segmento que atraviesa el concepto. Bien, es fácil deducir que cuando alguna de las notas anteriores desaparezca, decaerá también la relación de pareja en los términos que exige la norma agravante: si cesan los actos objetivos con contenido simbólico expresivo por un periodo determinado de tiempo, también desaparece el fundamento material que legitima racionalmente confiar en el otro.

Ello en tanto, de algún modo, ambos requisitos avanzan uno junto con otro.

De este modo, se podrá afirmar que ya «no se mantiene una relación de pareja». Por su parte, las expectativas subjetivas de las partes –me refiero a sus intenciones, deseos o motivaciones– podrán ser indicios de la existencia de la relación de pareja, en la medida que sean racionales.

Del mismo modo, si bien las relaciones de parejas suelen adquirir publicidad con el paso del tiempo, ello no debe considerarse requisito excluyente, aunque también podrá ser un indicio de su existencia. Pues a menudo, como sucede acaso con los amantes o las relaciones paralelas, se verificará una exteriorización

del vínculo –aunque de forma íntima– de manera jurídico-penalmente relevante en relación con el tipo penal del art. 80 inc. 1.

Queda fuera de duda que relaciones con las notas de un mínimo de permanencia en el tiempo y exteriorización mutua de actos con contenido expresivo-simbólico, adquieren un significado normativo para el Derecho penal, haciendo nacer en sus integrantes una posición de garantía de especiales contornos que justifica la agravación de la pena cuando el deber es infringido.

Resta determinar entonces si esta especificidad se verifica en el caso de A. D. C. y J. G. En relación con el inicio del vínculo entre el autor y la víctima el tribunal de la instancia anterior entendió que se remontaba al día..., según lo probado por el primer contacto registrado entre ambos.

Conclusión que deriva de una conversación en la que J. G. le preguntó a A. D. C. por la familia y él le respondió «de dónde la conocés», demostrando este mensaje un desconocimiento que pondría en crisis la afirmación de que salían desde... o aún desde antes.

Finalmente, el tribunal sentenciante sostiene que esta conclusión se enlaza con el hecho de que la víctima estuvo de novia con F. M. hasta el mes de agosto de 2016, según afirmó este testigo en la audiencia.

Por su parte, en lo que hace al contenido objetivo del vínculo entre D. C. y G. se comprobó que intercambiaban asiduamente mensajes de texto y llamadas (32 en total desde el... hasta el día... del mismo mes), así como que mantenían relaciones sexuales esporádicamente. Todo lo cual llevó a la víctima en una ocasión a pensar que estaba embarazada.

Si se considera esto, entiendo que no corresponde calificar el vínculo existente entre A. D. C. y J. G. como una relación de pareja a los efectos del tipo penal del art. 80 inc. 1 CP.

Es que no sólo se verificó un periodo de tiempo exiguo de contacto entre ambos, sino que además el contenido simbólico-expresivo de los actos exteriorizados por ambos no permite asumir la existencia racional de una confianza especial.

La ausencia de este sinalagma, conforme la prueba receptada, me lleva a pronunciarme por la no aplicación de la agravante.

El concepto de «relación de pareja» aquí propuesto intenta una aproximación plástica, contemporánea, social y respetuosa del principio de legalidad a la cuestión, en lugar del concepto tradicional o formalista seguido por el tribunal de juicio.

En el caso concreto, más allá de si se ha verificado o no la exteriorización objetiva de actos con contenido simbólico-expresivo con un mínimo de permanencia, lo cierto es que no se ha determinado que la relación entre el imputado y la víctima tenga la intensidad que requieren los institutos a los que hace referencia el art. 80 inc. 1.

Es aquí donde debe aparecer en todo su esplendor el principio de máxima taxatividad e interpretación estricta. No se prejuzga sobre la existencia o no de una relación de pareja. Lo que se concluye es que esa relación, si existió, no tuvo la intensidad que el art. 80 inc. 1 exige para el ascendiente, descendiente o cónyuge.

La relación de pareja, para que sea típica de este delito, debe al menos aproximarse normativamente al resto de los institutos que aparecen como agravante.

De este modo, en el caso concreto de A. D. C. y J. G., el recurso a esta conceptualización –más allá del vínculo concreto que haya existido entre ellos– permite descartar la verificación de la intensidad inherente a la «relación de pareja» en tanto elemento del tipo penal del art. 80, inc. 1 del CP.

Dicho de otro modo, independientemente de que entre los nombrados hubiere existido una relación de pareja en otro sentido no estrictamente jurídico-penal, lo decisivo es que no se constató en los términos del inc. 1 del art. 80 CP y con el alcance aquí postulado.

En definitiva, entiendo que, a pesar de que el tribunal de juicio llega a una conclusión correcta respecto de la inaplicabilidad de la agravante, lo hace por las razones erradas. Ello en tanto, de lo que se trata no es de un concepto de relación de pareja como anverso de la figura de la unión convivencial, sino de una su fundamento material y objetiva, con el alcance dado en este acápite.

ii.2. Consideraciones relativas a la configuración del hecho como femicidio –homicidio calificado por mediar de violencia de género

ii.2.a. El razonamiento del tribunal de juicio

En este punto la argumentación del a quo goza de una única virtud: atribuirle un rol claro a la agravante. Así, sostiene que el contexto de violencia de género que tipifica el art. 80 inc. 11 CP viene a reprimir conductas que se producen como culminación de un proceso de violencia doméstica del que es víctima la mujer.

Si este proceso se verifica, entonces puede hablarse de femicidio, caso contrario, no. Sin embargo, los problemas en su débito la hacen inviable.

Es que la sentencia recurrida se extiende ampliamente en la enunciación de las normativas nacionales y tratados internacional de Derechos Humanos, pero, al realizar el encuadramiento de los hechos probados desestima y no incluye ninguno de los aportes que ha traído la cuestión de género a la hora de meritar cuándo existe una muerte de una mujer en el marco de un contexto de violencia de género.

Esta misma Corte ya se expresó en el sentido de la importancia fundamental que debe tener la introducción de la perspectiva de género en el momento en el que el juzgador valora los diversos elementos de prueba para determinar los hechos y las circunstancias en las que estos sucedieron (véase, por ejemplo, «D. C. M.»).

Toma de postura que implica valorar cada uno de los extremos del hecho teniendo en cuenta en todo momento la específica situación en la que se encuentran las mujeres que son víctimas de violencia derivada de una relación asimétrica con el varón.

No obstante, el juzgador entiende que no medió violencia de género en tanto agravante del homicidio, puesto que no existen pruebas que den cuenta de una relación violenta anterior entre ellos. Esta mirada es injustificadamente restrictiva respecto del alcance de la agravante.

Ello en tanto, el sentido del tipo penal es el de abarcar aquellos homicidios ejecutados por un varón contra una mujer debido a su género y utilizando como plataforma una situación de asimetría de poder en la que aquella es despersonalizada. Ratio essendi del tipo calificado que, aunque a menudo se presenta como culminación de un violento proceso distorsivo de la subjetividad de la víctima, no en pocos casos, puede producirse de manera aislada, tal como en el homicidio de J. G..

Advierto en el razonamiento del tribunal de juicio una falacia de generalización precipitada en relación con el universo de homicidios que entiende encuadraría jurídico-penalmente como hechos expresivos de violencia de género.

El a quo cae bajo de este error al derivar una conclusión general a partir de una serie de casos similares – los más usuales homicidios calificados que tienen como víctimas a mujeres maltratadas sistemáticamente en el ámbito doméstico–, pero que de ninguna manera comprenden la totalidad de supuestos –tal como es el de la muerte de J. G.–. De este modo, la propuesta técnica del tribunal de juicio no puede ser compartida, del mismo modo que no pueden serlo las conclusiones derivadas de su aplicación al caso

concreto. El homicidio de J. G. fue cometido por un varón mediando violencia de género, tal como lo contempla el art. 80 inc. 11 CP.

ii.2.b. El criterio propuesto

El femicidio es la forma más extrema de violencia contra las mujeres. Se trata, en concreto, de muertes de mujeres motivadas por su condición de tales: mujeres a las que se mata por ser mujeres. Respecto de ésta y toda otra forma de violencia por razones de género rigen en nuestro país compromisos derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecen obligaciones estatales muy concretas en materia de prevención, sanción y erradicación de las mismas.

En concreto, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) regula en su art. 7 las acciones que los Estados conviene adoptar para lograr tales objetivos y establece que su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos (art. 12 del mismo tratado). Específicamente en materia de investigación y sanción de actos de violencia contra las mujeres -cuestión que en el presente nos ocupa- rige el deber de debida diligencia en el accionar estatal (art. 7.b Convención de Belém Do Pará).

Se trata de una pauta que condiciona la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos, entendida esta última como una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados de la región para asegurar la plena satisfacción de todos los derechos fundamentales reconocidos en el corpus iure interamericano (cfr. Corte IDH, Caso Veliz Franco Vs. Guatemala, de 19 de mayo de 2004, par. 183).

En efecto, las obligaciones generales emergentes de los arts. 8 y 25 convencionales -reguladores del derecho de acceso a la justicia en las Américas- se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico para la prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres (cfr. Corte IDH, Casos Veliz Franco vs. Guatemala, cit.; Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 2015; y Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, de 24 de agosto de 2017). De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando.

En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversales de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades (véase, por ejemplo, **«Zurita Abrego» o «Medina» -voto propio-**).

Es este el marco jurídico internacional desde el cual debe administrarse justicia en el caso que nos ocupa, valorarse la prueba y establecerse las responsabilidades penales pertinentes. Ello en razón de que la representante del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante consideran que la muerte de J. G. debe ser sancionada penalmente como un femicidio -homicidio agravado en los términos del inc. 11 del artículo 80 del CP- pero, fundamentalmente, por el hecho de que se advierte la existencia de elementos expresivos de violencia de géneros que atraviesan el conflicto y que deben ser introducidos necesariamente en la valoración jurídico penal que se realice respecto de la conducta desplegada por el acusado.

Efectivamente nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce que las muertes de mujeres producidas por varones mediando violencia de género configuran un tipo agravado de homicidio, que responde a elementos propios que lo configuran como tal y de manera autónoma; y a los cuales les asigna la pena más grave que regula nuestra legislación (art. 80 inc. 11 del CP).

Como puede advertirse, se trata de una norma que pretende introducir el enfoque de género a un ordenamiento penal que se ha cuestionado por configurar un Derecho aparentemente neutral. Pues bien, para dilucidar la procedencia del tipo de femicidio -toda vez que no todo delito cometido por un varón contra una mujer constituye per se un hecho de violencia de género resulta necesario definir pautas sobre cómo la violencia de género puede expresarse en el contexto de la muerte de una mujer y sobre su relevancia jurídico penal. Debe decirse, en primer lugar, que tal entendimiento debe resultar necesariamente de un proceso analítico anclado en el enfoque de géneros.

De esta manera considero que para determinar cuándo un delito de homicidio cometido por un varón contra una mujer constituye el delito de femicidio es necesario partir de una primera premisa: no debe tenerse por acreditada, necesariamente, la existencia de una relación de violencia de género anterior a los hechos -contrariamente a lo sostenido por el a quo-.

Esta interpretación, en efecto, se postula como la que mejor satisface los deberes internacionales vigentes en materia de investigación y sanción de hechos de violencia contra las mujeres.

De este modo, es necesario explorar un poco más el grupo de casos en los que puede manifestarse un despliegue de violencia del varón hacia la mujer con base en una relación de asimetría de poder.

Relación que, entiendo, puede ser producto de un proceso gradual y prolongado de maltrato que culmina con la máxima despersonalización de la persona agredida, es decir, con su muerte; o que bien puede ser producto de un contexto situacional específico.

Me interesa ahora enfocarme sobre esta última hipótesis, ya que los casos modélicos de violencia de género en los que, por ejemplo, el varón somete periódicamente a la mujer a golpizas y a otras formas de violencias cada vez más intensas hasta acabar con su vida no son objeto de controversia en la doctrina y jurisprudencia.

Por ello, lo que debemos analizar en esta oportunidad es la tipicidad del caso de las muertes violentas que se producen sin una «prehistoria de violencias».

La clave para resolver estos casos reside en determinar hipotéticamente si ese mismo hecho se hubiese perpetrado, de igual modo, sobre un varón en idéntica situación. Si la respuesta es afirmativa, entonces se estará frente a un indicio de que no se trata de un caso de violencia de género -pensemos acaso en el varón autor de un robo calificado por homicidio que acaba con la vida de la víctima mujer mediante el disparo de un arma de fuego, donde el género del sujeto pasivo no influye en la ejecución del hecho-.

Ahora bien, si la respuesta es negativa, entonces será un indicio de que el ser mujer tuvo que ver con el específico despliegue de violencia en el caso concreto. En definitiva, esto significa que si, en el marco de una discusión concreta el varón se vale de la asimetría de poder que se deriva de las relaciones históricamente desiguales entre varones y mujeres y ejerce violencia en perjuicio de una de ellas, esta conducta debe considerarse normativamente violencia de género a los efectos de la aplicación de la agravante.

Asimetría de poder que, como dije, puede ser consustancial a un proceso gradual de despersonalización en el marco de un maltrato sistemático o bien puede circunscribirse a una única ocasión o circunstancia en la que se manifiesta la violencia de género.

Y este es el caso del femicidio de J. G.. Su muerte encuentra razón en el vínculo de poder asimétrico existente entre ella y A. D. C. -más allá de la ausencia del historial de violencias que reclama el a quo- debido tanto a la brutalidad de la específica forma de ejecución del homicidio, así como en la discusión que los enfrentara dentro del automóvil momentos previos al hecho, la cual, como permiten deducir las búsquedas del autor posteriores al hecho en diversos portales de internet, posiblemente se debería a un

supuesto embarazo. Aristas que permiten afirmar fuera de toda duda que D. C. mató a J. G. por ser mujer, lo que configura un homicidio agravado por mediar violencia de género conforme las exigencias del art. 80 inc. 11 del Código Penal.

Por ello, para la consideración jurídico penal de la conducta del acusado es imperioso reparar en la extrema violencia con la que ejecutó el hecho. Una de las características diferenciales de los femicidios es la mayor crueldad o ensañamiento que se registra sobre los cuerpos de las víctimas.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de Guatemala reconoce que la brutalidad de la violencia ejercida configura un elemento que se presenta de manera frecuente en los femicidios cometidos en ese país (**cfr. Caso Veliz Franco, cit.; y Caso Velásquez Paiz, cit.**).

Es por ello que los protocolos especializados para la investigación de femicidios regulan, de manera expresa, el deber fiscal de indagar sobre la existencia de signos de violencia física que evidencien crueldad o ensañamiento en contra del cuerpo de la víctima a los efectos de determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de la muerte como, por ejemplo, el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) -elaborado por Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de ONU Mujeres- e, incluso, el Protocolo de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio) del Ministerio Público Fiscal provincial aprobado mediante Resolución del Procurador General 36/19, de 14 de febrero de 2019. No son pocos los elementos obrantes en el expediente que reflejan la brutalidad de la violencia que desplegó D. C. al ejecutar el hecho en el caso que nos ocupa.

El estrangulamiento padecido por J. G., la propinación reiterada de golpes en la cabeza valiéndose de piedras, la abundante sangre hallada en el asiento del vehículo del imputado emanada de las lesiones que le produjo y el desprecio que dispensó por los restos mortales de su víctima -arrojados a modo de descarte en un lugar inhóspito con absoluta negación de su condición humana- confirman la brutalidad con la que terminó con la vida de J. G..

De todo lo señalado hasta aquí y en consideración del desprecio manifiesto que D. C. mostró respecto de la vida de J. G. puede concluirse, en definitiva, que la muerte de la víctima no puede ser entendida sino como un acto de absoluta negación de su dignidad humana y, especialmente, de su condición de mujer. Y la calificación legal que se imponga a su conducta debe, consecuentemente, dar cuenta de ello. En suma, J. G. fue víctima de un femicidio, homicidio calificado por haber sido cometido por un varón mediante violencia de género previsto en el art. 80 inc. 11 CP.

iii. Sobre el agravio defensivo relativo al monto de la pena aplicado

Convalidada la sentencia en el nivel de la valoración de la prueba y corregida en el nivel de la aplicación del Derecho, las objeciones en el nivel de la determinación de la pena devienen abstractas. Al modificarse el marco penal en función del cual ha de establecerse la pena a aplicar y casarse la sentencia, corresponde a un tribunal inferior expedirse sobre la misma.

Todo ello al efecto de garantizar el derecho al doble conforme. iv. Conclusiones Con base en las consideraciones precedentes, estimo que el vicio in iudicando propuesto por el Ministerio Público Fiscal en el marco de la condena del acusado A. D. C. se encuentra corroborado respecto de lo propuesto en relación con la figura del femicidio, razón por la que debe hacerse lugar al recurso.

Según entiendo, si bien la sentencia es acierta al valorar la prueba relativa a la materialidad del hecho y la autoría individual, yerra al evaluar su contenido de injusto, el cual se corresponde con lo prescripto por el art. 80 inc. 11 CP.

Por todo lo expuesto, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada en relación con el recurso presentado por la defensa. Por su parte, debe responderse parcialmente afirmativa la primera cuestión, respecto del recurso de casación presentado por el Ministerio Público Fiscal, únicamente en relación con el agravio referido a la agravante del art. 80 inc. 11 CP. ASI VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto la solución y las posturas desarrolladas por el Ministro que me precede en cuanto a los criterios que deben guiar el juicio de subsunción de un hecho en las agravantes previstas en los incisos 1 y 11 del art. 80 del CP. No obstante, entiendo oportuno aportar otras pautas que colaboren en la interpretación del elemento normativo «violencia de género» previsto en el último de los incisos.

Ello por cuanto –según advierto–, en los casos como el sub lite, el factor cultural que subyace y motiva las acciones de quien las ejecuta requiere de un mayor esfuerzo interpretativo.

En efecto, los estudios sobre la materia permiten afirmar que toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género.

Esto significa que está directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino.

De este modo, según entendí en el precedente «Cruz Huanca» para considerar acreditado que el hecho tuvo lugar en un contexto de **violencia de género** «[...] entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir una relación de mediación no en tanto elemento subjetivo ultra intencional, sino como contexto objetivo de violencia que precede y motiva la ejecución.

Este último hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima (asimetría) que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer».

En función de ello sostuve que «la violencia de género requerida por el tipo agravado, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y de vulnerabilidad, circunstancia que encuentra su génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual, las que se encuentran definidas en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5)» (**ver, «Cruz Huanca, Sixto»**).

Sin embargo, cierto es que los casos que son precedidos por una gradual y continua violencia hacia la mujer, hasta terminar con su máxima expresión a través de su femicidio, no son objeto de controversia en la doctrina y jurisprudencia.

Ello por cuanto –según creo– en estos casos la exteriorización de la violencia se materializa de una forma más clara, es decir, es más observable en el orden empírico.

En especial, cuando ésta tiene lugar en el ámbito doméstico, donde las relaciones de jerarquía y estatus impuestos por el sistema patriarcal se visibiliza de una forma más inteligible.

Sin embargo, en aquellos vínculos en donde no se ha podido acreditar un historial de violencia en el marco de relaciones con cierta permanencia, como parece ser el caso bajo estudio, la tarea de interpretar si el contexto que precedió y motivo la violencia desplegada sobre la víctima tuvo razones de género implica –según advierto– un mayor esfuerzo por interpretar el contenido material de lo que el legislador quiso

visibilizar, y pretende sancionar y erradicar a través de la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal.

A ello debe sumarse que no todas las formas de violencia son igualmente observables, lo que dificulta aún más la tarea interpretativa. Dicho de otra forma, advierto que para una mayor comprensión del elemento normativo en cuestión, resulta necesario indagar sobre cuáles son aquellos patrones culturales e ideológicos que conforman el sistema patriarcal.

Ello a fin de preservar no sólo el principio de legalidad, sino también las posibilidades probatorias del tipo penal. Frente a ello, resulta necesario acudir a otras herramientas para una mayor comprensión de la temática en estudio.

En este sentido, y en lo que respecta a la instauración de las estructuras patriarcales, han sido numerosas las teorías que se han desarrollado, particularmente desde perspectivas biologicistas, psicoanalíticas, antropológicas, e, incluso, teológicas, para argumentar la supremacía del varón sobre la mujer.

En este sentido, Rita Segato al analizar la contribución de la perspectiva de género a la elaboración de una teoría del poder destaca que “(e)s significativo que la perspectiva interdisciplinaria de los estudios postcoloniales, que tratan sobre la subalternidad en el mundo contemporáneo, toma la jerarquía de género, la subordinación femenina, como un prototipo a partir del cual se puede comprender mejor el fenómeno del poder y de la sujeción en general” (**Segato, Rita Laura, «Las estructuras elementales de la violencia», Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 55**).

De esta manera, y si bien el desarrollo de las distintas teorías que explican las estructuras patriarcales excede el propósito del presente voto, entiendo que resulta necesario precisar algunos conceptos. Así, en el **precedente «Alaniz Pineira»** sostuve que «[...]para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales.

También referí que «[e]l concepto de género [...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados **por la ideología e instituciones patriarcales» (Facio, Alda, Fries, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17)**.

Por su parte, para Segato el término «masculinidad» representa una identidad de un estatus que engloba, sintetiza y confunde poder sexual, poder social y poder de muerte. Refiere que los «hombres», según dice Ken Plummer, «[...] se autodefinen a partir de su cultura como personas con necesidad de estar en control, un proceso que comienzan a aprender en la primera infancia. Si este núcleo de control desaparece o se pone en duda, puede producirse una reacción a **esa vulnerabilidad» (Ob.cit., p.37)**.

Al explicar la citada autora la existencia de dos sistemas que se superponen: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela; y las consecuencias que el primero de los sistemas avance en forma repentina y abarcativa sobre el segundo, destaca que «[...] las brechas de descontrol social abiertas por este proceso de implantación de una modernidad poco reflexiva, como en la desregulación del sistema de estatus tradicional, que deja expuesto su lado más perverso, a través del cual resurge el derecho natural de apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en condiciones de desprotección, vale decir, el afloramiento de un estado de naturaleza» (Ob. cit., p.31).

De los conceptos brevemente reseñados resulta claro, entonces, que estas estructuras de subordinación son anteriores a cualquier concreción de violencia hacia la mujer.

Dicho de otra forma, sólo la existencia de una estructura cultural profundamente arraigada al sujeto que ejecuta un acto de una violencia aparentemente incomprensible -como manifestación de un acto de poder y sometimiento- nos permite hacer esta lectura.

Es por ello que resulta necesario que los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello es imprescindible que el juzgador comprenda el concepto de género, las estructuras patriarcales y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba.

Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación. En este entendimiento, el Comité para la eliminación de la **discriminación contra la mujer (Comité CEDAW, ONU)** advierte la mayor visibilidad del femicidio y la necesidad de adoptar medidas para su prevención y sanción, enfatizando la necesidad de dar seguimiento a la aplicación de dicho tipo penal y sus agravantes por los distintos operadores del derecho.

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

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Como punto de partida, anticipo que comparto la solución a la que arriban mis colegas de Sala en relación con la desestimación formal del recurso impetrado por la representante legal de la parte querellante.

Asimismo, hago mía la precedente validación del razonamiento del tribunal de la instancia anterior en cuanto a la existencia material del hecho y la culpabilidad del acusado en el mismo.

Ello por cuanto la sentencia impugnada muestra -al respecto- una conclusión fundada y razonable sobre la prueba de la autoría de D. C. M. en el homicidio de J. G..

En efecto, a mi modo de ver la resolución recurrida exhibe -en este segmento de los fundamentos del fallo en crisis- un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del debido proceso legal y de la regla legal de la sana crítica racional (art. 206 del CPP) que permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena -en función de lo dispuesto en el artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- que, en el caso, los jueces del juicio han arribado a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.

En consecuencia, y dada la evidente conexidad entre esa afirmación con la viabilidad sustancial de los agravios defensivos, coincido igualmente con el rechazo del recurso interpuesto por la defensa técnica del acusado.

Ahora bien, más allá de concordar con la decisión final alcanzada en el voto que lidera el presente acuerdo sobre el encuadramiento jurídico del hecho objeto del proceso, me permito efectuar aquí una serie de apreciaciones que estimo pertinentes al caso, desde que -en mi criterio- lucen tanto más ajustada a las

exigencias de motivación jurídico-normativa que debe preceder la adopción de toda resolución jurisdiccional en el marco de un proceso judicial.

Es que si bien comparto que, del modo en que resultó definido el suceso material tenido por históricamente cierto en la pieza impugnada en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, el mismo no resulta encuadrable típicamente en las previsiones contenidas en el art. 80 inc. 1 del CP, más sí dentro del ámbito jurídico-delictivo definido a través del art. 80, inc. 11 del mismo cuerpo normativo.

Ello obedece a razones y justificativos que no resultan sino derivaciones necesarias de nuestro sistema constitucional y legal vigente, de acuerdo a una interpretación original y contextualizada de la norma en cuestión según el método jurídico, respetuosa de los principios de legalidad, última ratio, así como - fundamentalmente- los hechos dados por acreditados.

En base a ello, y de acuerdo a los argumentos que a continuación expondré, el recurso de casación articulado por la representante del Ministerio Público Fiscal debe ser parcialmente acogido en esta instancia. Doy razones.

a.1.- La inaplicabilidad de la agravante del art. 80 inc. 1 CP

En primer lugar, la titular de la vindicta pública se agravia acerca de la aplicación al caso de lo previsto en el inciso 1 del artículo 80 del Código Penal, pues entiende -en definitiva- que entre el autor y la víctima mediaba una “relación de pareja” que justificaba la aplicación de la agravante.

Al respecto, comparto con los sentenciantes que las características verificadas en la causa acerca de la relación entre ambos sujetos, no satisfacen las exigencias normativas requeridas por el tipo agravado en cuestión.

En pocas palabras, aquella vinculación no contiene los requisitos necesarios que permitan configurar una “relación de pareja” en término jurídico-penales, esto es, a los efectos del tipo penal calificado. De este modo, y más allá de lo que en adelante se expondrá al respecto, estimo que la solución jurídica dada al caso en este punto en concreto es la correcta y, por tanto, debe mantenerse inalterable.

Más allá de los argumentos ofrecidos por los integrantes del tribunal de juicio para respaldar aquella posición, así como aquellos dados en el voto preopinante, comparto con ellos que entre J. G. y A. D. C. no existió un vínculo con las notas distintivas que doten a esa relación de la relevancia normativa que reclama la circunstancia agravante pretendida por la representante del Ministerio Público Fiscal. Sin perjuicio de ello, no puedo soslayar que el acierto remarcado contrasta con los argumentos seleccionados para darle sentido y fuerza convictiva a esa conclusión.

Más bien, según entiendo, éstos deben lograrse tras recorrer un camino interpretativo lo más acorde a los lineamientos legales que resulte posible, de manera tal de que la síntesis interpretativa no luzca disociada del análisis sistemático integrado y armónico de las normas jurídicas en juego.

Pues bien, a los fines de dilucidar si es correcto aplicar a supuestos como el acreditado por la sentencia impugnada la agravante del homicidio, comparto la línea argumental seguida sobre el tópico en cuestión por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en los autos caratulados “Sanduay, Sandro Mario s/Homicidio simple en tentativa” (sentencia dictada en fecha 6 de setiembre de 2016).

En ese pronunciamiento, alguno de cuyos términos me permito aquí remarcar, dado lo acertado del razonamiento que subyace en su desarrollo, acertadamente -a mi criterio- se analiza cómo ha de tenerse por probada la “relación de pareja” en el marco del derecho penal.

En esa labor, el voto que lidera el acuerdo alcanzado por los integrantes del citado tribunal nacional, examina cuál es el significado del mayor disvalor de la conducta ilícita que configura el sustento jurídico

válido para justificar el aumento de la sanción definida por el legislador -reclusión o prisión perpetua-. Resulta cierto que ese objetivo no puede alcanzarse sólo con base en las palabras de la ley, pues nos encontramos ante una terminología que dista mucho de ser unívoca en su significación.

De ahí que, existiendo un caso de dudas sobre el significado de los términos legales, siempre un primer punto es identificar la información relevante que pueda suministrar el acto legislativo que la creó. Ello pues la actividad de interpretación jurídica (propriadamente dicha) consiste en gran medida en llegar a determinar el significado de las expresiones mediante las cuales el legislador ha intentado comunicar sus intenciones.

Así, es posible comprobar la existencia de múltiples y variadas definiciones al término “pareja”, lo que demuestra que acudir estricta y estrechamente a la sola letra de la norma positiva en análisis, representa una limitación evidente en la tarea que aquí se propone.

Dicho en otras palabras, en este caso, una interpretación puramente literal de la norma no permite determinar acabadamente el significado de disvalor que da sustento a la agravante. Aclarado ello, y avanzando sobre el análisis de la cuestión traída aquí a debate, considero que no es posible una asimilación entre la “relación de pareja” referida en la agravante del artículo 80, inciso 1 del Código Penal, con las “uniones convivenciales” consagradas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Es que, por motivos diversos a los que inspiraron oportunamente la solución alcanzada sobre este punto los magistrados que integraron el tribunal de la instancia anterior, así como de las premisas utilizadas para sustentar el silogismo argumentativo desarrollado por los colegas que conforman el voto mayoritario, estimo que no se trata de institutos jurídicos equiparables. Veamos.

Siguiendo los lineamientos sentados en el pronunciamiento anteriormente referido, es cierto que un primer aspecto o carácter diferenciador lo podemos encontrar en la descripción misma de “unión convivencial” establecida en el derecho privado, sus requisitos, condiciones, régimen y efectos jurídicos. Es evidente que uno de los requisitos exigidos expresamente para la configuración de esa institución legal, lo configura la convivencia entre sus integrantes.

Así, tal como se encuentra formulado en el art. 509 del citado código (publicado en fecha 08/10/14), se requiere, taxativamente una “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

En ese entendimiento deben ponderarse los antecedentes parlamentarios de la ley 26.791 –sancionada el 14 de noviembre del año 2012, y promulgada el 11 de diciembre del mismo año– que introdujo una reforma al ordenamiento penal de fondo que ha significado, sin duda alguna, una transformación y una evolución legislativa de gran calado, por cuanto ha implicado –luego de varias décadas de postergaciones– la instalación definitiva de la problemática de género en el código penal argentino. Ello en tanto, entre otros, sustituyó los incisos 1 y 4 del art. 80 del Código Penal y, además, le incorporó los incisos 11 y 12. Ese rediseño normativo determinó -en cuanto a la temática en trato- que el mayor disvalor de la conducta de homicidio que resulta abarcado en la norma en examen, esto es, cuando recae sobre una persona con la que el autor mantiene o ha mantenido una “relación de pareja”, no depende de que entre ellos medie o haya mediado convivencia.

La fórmula legal es absolutamente clara y locuaz al respecto, dado que reprime en abstracto con pena de reclusión o prisión perpetua a quien matare “[...] a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia” (art. 80 inc. 1 in fine del CP).

Este argumento normativo que vislumbra cualidades y exigencias diferenciales entre ambos institutos, encuentra su correlato en los antecedentes parlamentarios que rodearon la sanción de la normativa nacional. En ellos, como bien luce remarcado en el fallo de mención, no queda margen que permita dudar acerca de que la voluntad del legislador penal fue la de comprender, en el marco de la calificante, a aquellas parejas entre las que no existiese ni hubiese existido convivencia.

Así, por ejemplo, se señala en el expediente 0288-D-2011: “se presenta esta propuesta en consonancia con la recientemente sancionada Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que en su texto contempla específicamente la violencia ejercida en el marco del matrimonio, las uniones de hecho, parejas o noviazgos, vigentes o finalizados no siendo requisito la convivencia”.

Por su parte, en el expediente 0711-D-2012 se expuso: “consideramos que en la actualidad, hay muchas familias conformadas, fuera del régimen legal del matrimonio, por uniones de hecho o relaciones sentimentales que, en muchos casos, perduran a lo largo del tiempo, y que imponen asimilarlos al resto de los supuestos hoy contemplados en la Ley [...].

Debe entenderse el ámbito doméstico en [un] sentido amplio [...], esto es, el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, como así también las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluyendo las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

Finalmente, en el dictamen de la Comisión nacional de legislación penal y de familia, mujer, niñez y adolescencia, al recomendar la modificación del inciso 1 del artículo 80 del Código penal, se señaló: “se adopta la concepción amplia del concepto de ámbito doméstico que contienen los instrumentos legales nacionales e internacionales [...]

Esto es, el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, así como también las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluyendo las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

De la breve reseña efectuada, además de aquello que deriva de la sola observancia de las palabras utilizadas para la redacción en este aspecto de la norma penal citada, aún a fuerza de ser reiterativo sobre este punto, es evidente que en la voluntad del legislador no se concibió a la convivencia como requisito para la aplicación de la agravante.

En consecuencia, a efectos de interpretar el sentido de la regla penal, y como primera conclusión, considero que los argumentos hasta aquí desarrollados impiden recurrir a una institución del derecho privado (sancionada con posterioridad) dado que, entre sus requisitos constitutivos, establece como ineludible a la convivencia. En definitiva, pues se trata de situaciones, en sustancia, diferentes, desde que mientras el Código Civil y Comercial procura establecer los requisitos para que una unión convivencial (definida por el art. 509), como tal, produzca efectos jurídicos, para el artículo 80 inciso 1 del Código Penal se desinteresa por completo de que haya mediado convivencia, pues se satisface sólo con que haya existido una “relación de pareja”.

Expresamente se establece que el autor debe mantener, o haber mantenido con la víctima, una relación de pareja, mediar o no convivencia.

En esta línea de análisis, estimo acertado diferenciar el fundamento de la agravante en razón de la pertenencia o no a determinadas instituciones consagradas en la ley civil. Así comparto lo dicho en el fallo anteriormente señalado en cuanto a que, “[a]demás, a diferencia de los supuestos de calificación del homicidio cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge, en los que el fundamento de agravación sí puede explicarse a partir del quebrantamiento de deberes positivos impuestos por la

pertenencia a determinadas instituciones consagradas en la ley civil, en las cuales cada uno de sus integrantes se encuentra obligado a realizar prestaciones recíprocas en favor del otro, exigidas por la propia ley y en virtud de la sola pertenencia a la institución de la cual se trate (relación paterno-filial, matrimonio, etc.), no existe regulación legal alguna que consagre a la “relación de pareja” como una institución, ni, por consiguiente, deberes derivados de ella.

En consecuencia, no es posible encontrar la razón de ser de la norma penal en estudio en un quebrantamiento de obligaciones, toda vez que la ley no las impone”. Y sigue “En aquellos supuestos se trata de un status especial que una determinada persona ostenta y la obliga a configurar junto con otra persona favorecida un mundo en común, al menos parcialmente, y, por lo tanto, a hacer llegar determinadas prestaciones [...]

Por tal razón, esas instituciones básicas se encuentran positivizadas, consagradas expresamente en la ley, así como también lo están las expectativas/deberes especiales de comportamiento, que afectan a quienes forman parte de ellas. Así, en el doble quebrantamiento de deberes que supone el homicidio cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge, se explica el agravamiento de la sanción penal en relación con la prevista para la figura básica (conf. artículo 80, inciso 1, primera parte, del Código Penal)”. “En cambio, esa explicación no corresponde extenderla a la “relación de pareja” como supuesto de agravación de la pena, pues en este caso “No existe una relación jurídicamente reconocida que sustituya al matrimonio, de modo que ninguna de las relaciones de facto más o menos parecidas al matrimonio crea deberes per se” (con cita a Jakobs, Gunther, conf. “Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano G. de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 29/66)”. .

Desde allí, resulta evidente que el ámbito de protección consagrado en el artículo 80 inc. 1 in fine, del Código Penal resulta ser más amplio que aquel que se establece en función de los deberes especiales derivados de las relaciones institucionales consagradas por la ley civil.

Es decir, se trata de un concepto penal que es más amplio, que contiene un universo de casos posibles dentro de los cuales está comprendida la unión convivencial, como la de mayor intensidad. Se trata de una relación de género a especie.

De ese modo, a modo de segunda conclusión, estimo que se presenta razonable que el legislador compute como elemento de un más alto nivel disvalioso del homicidio, la circunstancia de que el autor se valga para la ejecución, de la existencia, previa o actual, de una relación con la víctima, que le proporciona así una mayor eficacia a la comisión del comportamiento prohibido, en tanto supone una cierta vulnerabilidad de la víctima, como consecuencia de estar o haber estado inmersa en una “relación de pareja” junto al autor.

Relación de pareja.

Es que una “relación de pareja”, concomitante o anterior al hecho, supone que en la interrelación de sus integrantes exista, o haya existido, una cierta intimidad generadora de confianza, en la medida en que se pueden compartir o se pueden conocer diversos aspectos de la vida cotidiana de cada uno, circunstancias tales como los sitios frecuentados, el lugar trabajo, los hábitos, costumbres, los desplazamientos habituales, la forma de ocupar el tiempo libre, las relaciones familiares, o las amistades, los gustos, las preferencias individuales, sólo por enumerar algunas.

En consecuencia, la aplicación de la calificante contenida en el artículo 80, inciso 1, in fine, del Código Penal, exige verificar la existencia de un vínculo entre autor y víctima que presente características propias de aquello que, en la sociedad de que se trate, se defina con significado de “relación de pareja”.

A tal fin, no hay duda de que la ley civil proporciona algunas pautas útiles para alcanzar esa caracterización, aun cuando no sea correcta una identificación estricta entre ella y la norma penal.

De ese modo, es dable afirmar que la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo y ámbitos de intimidad, se caracterice como una “relación de pareja”.

Sin perjuicio de ello, situándonos en lo que pueden encuadrarse dentro de “casos marginales” de relación de pareja (esto es: aquellos donde los usos del lenguaje registran menos acuerdos sobre si se trata de genuinas “relaciones de pareja”; como ocurre con el caso de quienes mantienen relaciones afectivas simultáneas –v.gr.: amantes–, o donde el vínculo se extendió por un espacio de tiempo demasiado exiguo), cabe señalar que su análisis deberá tener entre los criterios clasificatorios especial interés por los fundamentos de la agravante.

En este sentido es evidente que en los casos marginales no podría ser la tutela del vínculo la razón subyacente de la agravante, pero sí la confianza en el otro definida como se lo hizo antes (**ver sobre el tema STJ de la provincia de Córdoba, sentencia del 10/09/19, “S., M. A. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-”; voto de la Dra. Aída Tarditti**).

Por último, la imposición de la agravante esta dada por la confianza, la complicidad, el respeto mutuo que nace de esa relación de pareja, de forma tal que, con base en ella, se vea facilitada la ejecución del homicidio, por el deber de respeto que se deben mutuamente, lo que a su vez determina la más intensa consecuencia punitiva, hasta alcanzar como respuesta la prisión perpetua, en caso de consumación del delito.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí y de las circunstancias que se han tenido por acreditadas en la sentencia recurrida, y sin necesidad de recurrir al razonamiento que sustenta la posición asumida por el tribunal a quo, ni del método de interpretación que utiliza para apuntalar tomas de postura que exceden al material probatorio recabado a lo largo del proceso e incorporado legalmente a la causa, estimo que resulta acertado no aplicar al comportamiento atribuido al acusado la mentada calificante – art. 80 inc.1 del CP–.

Ello por cuanto, en definitiva, no han resultado acreditadas debida y suficientemente las notas que, cualitativamente, califican una relación como “de pareja”, en especial, aquellas que tienen que ver con las exigencias de un cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo.

En función de lo señalado, considero que no puede prosperar el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal en relación a la pretensión de aplicación al caso en análisis del art. 80, inc. 1 de CP.

a.2.- Respecto de la aplicabilidad de la agravante prevista en art. 80 inc. 11 del CP.

En segundo lugar, la titular de la vindicta pública se agravia, también, acerca de la ausencia de aplicación al caso de lo previsto en el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal, pues entiende que el resultado mortal alcanzado por el comportamiento delictivo del acusado se produjo dentro de un contexto de “violencia de género”.

En relación con este punto de la censura casatoria, coincido con la conclusión alcanzada en el voto preopinante.

Ello por cuanto, según aprecio, la plataforma fáctica debidamente acreditada en la sentencia resulta plenamente encuadrable dentro de los márgenes legales que dan forma al delito de femicidio previsto y penado por el art. 80 inc. 11 del Código Penal, dado que resultó acabadamente demostrado que la muerte de la víctima se produjo por razones asociadas a su género, dentro de un marco caracterizado por una evidente y marcada relación desigual o asimétrica de poder basada en la idea de superioridad de D. C. -

autor- respecto a la inferioridad de J. G. -víctima- (“la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino”, en términos de los sentenciantes).

Supremacía que ha sido utilizada y aprovechada efectivamente por el encartado para concretar su intencionalidad delictiva mediante el despliegue de una extrema violencia física sobre la integridad corporal de la víctima destinada a ocasionar su deceso.

Dicho en otros términos, a mi modo de ver –y a diferencia del tribunal de la instancia anterior– ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable, que existió de parte del acusado un excesivo despliegue de violencia física hacia una víctima mujer, ejerciendo en el momento del ataque todo su poder sobre ella, impidiéndole –asimismo– desplegar maniobras defensivas que –en algún punto– pudieran resultar exitosas. Muestra cabal de ello, tal como se desprende de los fundamentos del fallo impugnado, resultan las lesiones provocadas por el acusado en el cuerpo de la víctima, todas las cuales determinaron su fallecimiento.

La necropsia que rola agregada a fs. 450/452 otorga precisiones al respecto, dado que acredita la existencia de una muerte violenta.

Allí se habla de un deceso originado por factores compuestos, constatándose la existencia de un traumatismo craneo encefálico –asfixia por estrangulamiento–, aclarándose que la compresión violenta del cuello tuvo lugar mientras la víctima se encontraba con vida, y que ello se extrajo del hallazgo de signos asfícticos en los pulmones y de fragmentos de piel y rostro con signos vitales atribuibles a compresión sostenida y roce intenso.

Además de ello, esa violencia ejercida generó las numerosas lesiones que aparecen descriptas en el informe de fs. 450/452, en el que se indica que ellas se concentran fundamentalmente en cara y cráneo las que, además, concuerdan con las piedras ensangrentadas que se ubicaron junto al cadáver tal como lo señalan los informes de Policía Científica incorporados.

A todo ello, no puede desconocerse que, como bien lo apunta la sentencia del tribunal de la instancia anterior, dentro de las razones –móviles– que pudo haber determinado el accionar del acusado, aparece la referencia a la posible existencia de un embarazo de la víctima, que no sólo fue referido por algunos testigos, sino que cuenta también con el conocimiento de D. C., que se exteriorizó incluso en las búsquedas efectuadas por él en diversos sitios de internet, en los que, además de los detallados en el voto preopinante, existen otros vinculados con este asunto.

Así, las visitas del acusado en los días subsiguientes al hecho fueron a diferentes páginas referidas, entre otras, a “dos períodos en un mes”; “legrado”; “el período: dos veces en un mismo mes. ¿embarazo?”; “terminó mi regla y una semana después me bajó otra vez”; “puedo quedar embarazada si tuve relaciones el primer día...?”; “puedo quedar embarazada teniendo la regla?”; “puede haber embarazo si eyaculó un día antes de mi regla?”; “diagnóstico prenatal. Detección de ADN fetal en sangre materna”; “puede llevarse a cabo una prueba de paternidad si el presunto padre ha fallecido o está ausente?”.

De tal manera, y de acuerdo a ello, aparece claro que la existencia de la víctima y su eventual embarazo, aparecía como un obstáculo para el desarrollo personal del acusado, motivo por el que, también, debe en razón de ello debe encuadrarse el hecho como un supuesto de “violencia de género”. Esto por cuanto, todo lo señalado evidencia que el acusado mató a la víctima por su condición de mujer (ver al respecto, el art. 1 de la CEDAW).

Al respecto estimo importante destacar lo que en anteriores pronunciamientos he señalado sobre el fenómeno de la violencia de género y de la valoración probatoria desde una perspectiva que lo tenga en cuenta. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos

precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga M.**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; **entre otros**).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los **siguientes derechos y garantías**:

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «**amplia libertad probatoria**» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

Estamos en un proceso democrático de cambio cultural (gradual, progresivo, persistente) en el cual, la actividad legislativa nacional y local vinculada a la temática en cuestión, debe estar orientada por esta política de igualdad de género.

Por ello, el intercambio de opiniones, los debates, dentro de un marco de prudencia, compromiso, capacitación pluralmente establecida, y con el respeto a todas las opiniones, y actuando con el convencimiento que nadie es el poseedor de la verdad, aseguran la adecuada sanción de las normas en correspondencia con esta política y, en consecuencia, el buen actuar de los funcionarios.

En conclusión, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica en establecer una perspectiva para valorar los elementos probatorios y asegurar un accionar uniforme de la ley, bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa constitucional según la finalidad del constituyente originario.

Por ello, tanto la ley como las prácticas deben estar despojadas de estereotipos y usos relacionados con toda concepción autoritaria, como es la cultura jurídica autoritaria de tipo patriarcalinquisitivo, que impiden poner en contexto –y en condiciones de igualdad– los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones las entiendo plenamente aplicables al caso, desde que nos encontramos claramente ante un caso de homicidio producido en el marco de un contexto de “violencia de género”.

Es decir, que estos lineamientos valorativos, dadas las particulares circunstancias del caso, deben íntegramente apreciarse en el contexto fáctico y circunstancial en que se desarrolló el ilícito investigado. Como corresponde actuar frente a cualquier delito.

Puesto que, en definitiva y como se dijo, es ese contexto el que reclama de parte de los operadores del sistema de justicia cumplir con el deber jurídico de adoptar una mirada integral con perspectiva de género en la adopción de resoluciones judiciales en las que aparezcan involucrados bienes jurídicos como los aquí en juego.

En este punto, comparto con el tribunal de sentencia cuando señala que una interpretación sistemática exige descartar que la muerte de una mujer causada por un hombre, en cualquier circunstancia, configure de por sí el tipo calificado de homicidio previsto en el art. 80 inc. 11 del CP.

Pero, entiendo que el material probatorio incorporado a la causa, a mi juicio, es contundente y no existe margen que permita dudar acerca que el resultado mortal provocado por el obrar del acusado ha ocurrido en una situación de vulnerabilidad de la víctima, derivada de una relación de desigualdad de poder, así como también, por el hecho de ser mujer, tal como antes señalé.

En otras palabras, la muerte de la víctima, además de producirla el acusado por la circunstancia subjetiva que precedió a su comportamiento criminoso, esto es, de matar por ser mujer, se realizó en un ámbito específico que, precisamente, bien marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas. Me estoy refiriendo expresamente a que medió violencia de género.

Estimo que acudir a referencias aisladas del contexto fáctico en que se produjo el homicidio, tales como “la efímera relación entre acusado y víctima” no impiden –en este caso– aplicar la calificante en cuestión. Si bien resulta claro que la exigencia normativa vinculada a la existencia pasada o actual de una “relación

de pareja” entre el agresor y la víctima, excluye las meras relaciones pasajeras, transitorias o amistosas para configurar la agravante del inc. 1 del art. 80 del CP, de ello no se puede desprender -como condición de la tipificación calificada del inc. 11 del art. 80 del CP- que esa efímera relación deba, además de contar con una cierta sustentabilidad temporal -aun cuando mínima-, haber estado trazada por un proceso gradual y prolongado de violencia del varón hacia la mujer, que sea anterior al desenlace fatal. Dicho en otras palabras, que esa “mera” relación deba estar necesariamente enmarcada en un proceso de violencia anterior al hecho para encuadrar el caso dentro de las previsiones contenidas en el delito de femicidio, sólo es necesario que “mediare violencia de género” (art. 80 inc. 11 del CP.).

Por ello, también cuando resulta jurídicamente posible justificar la aplicación de la agravante en análisis cuando el suceso mortal reprochado luce desvinculado causalmente de episodios previos de violencia en la relación. Solución que luce tanto más ajustada a la disposición normativa “art. 80. [...] al que matare:[...] 11) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”, posición que resulta garantizadora de la protección legal emanada de la norma penal en cuestión, y no vulnera el principio de legalidad penal.

En suma, por las razones precedentes, entre las que destaco que aquí el género de la víctima ha sido el factor significativo del delito en cuestión, ya que influyó no sólo en el motivo sino en el contexto del crimen como en la forma de violencia a la que fue sometida la víctima, me persuaden a entender que la agravante en análisis se configura en el caso venido a resolución de este Tribunal. De acuerdo a lo señalado, considero que sólo en este aspecto vinculado a la aplicación de la circunstancia agravante del art. 80 inc. 11 del CP el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal debe prosperar. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar la sentencia N° 756, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la 1° Circunscripción Judicial y sus fundamentos, solamente respecto de la calificación de los hechos imputados a A. D. C. en el marco de estos autos.

En consecuencia, corresponde casar el punto I del resolutivo de la mencionada sentencia (fs. 734 y vta), el que quedará redactado de la siguiente forma: “I.- CONDENAR a A. S. D. C. M., ya filiado, a la pena de PRISIÓN PERPETUA, con accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR HABER MEDIADO VIOLENCIA DE GÉNERO por los hechos que se le atribuyen en estos autos N° P97.026/16 (art. 80, inc. 11 y art. 12 del CP; arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)”. Como es sabido, este Tribunal ha adoptado la postura conforme la cual en los casos de anulación de resoluciones de instancias anteriores que impliquen una nueva determinación de la pena corresponde el reenvío de la causa, a fin de garantizar la intervención de las partes –juicio de cesura- y el doble conforme respecto la individualización de la sanción que finalmente se imponga (ver al respecto lo señalado en los **precedentes «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza»,** entre otros).

Sin embargo, tratándose éste de un caso en el que la pena prevista para el delito por el que se condena al acusado resulta indivisible y atento al resultado del plenario caratulado ««Incidente en autos F. c/ Ibañez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. p/ homicidios calificados (159312) p/ plenario», no existen motivos que justifiquen su remisión al Tribunal de instancia anterior a tales efectos. Por el contrario, razones de celeridad y economía procesal imponen que la sanción sea aplicada en esta instancia.

Ahora bien, con motivo de que al acusado se lo condena por un delito de mayor gravedad respecto de la condena en la instancia inferior, con la consecuente agravación en la sanción impuesta, resultar

pertinentes algunas aclaraciones respecto de la vía recursiva que le queda habilitada. En casos como el presente aparecen dos opciones para garantizar el doble conforme.

La primera, en los casos de delitos que tienen previstas penas divisibles, es remitir la causa a la instancia anterior para que se determine pena. Es lo que se ha realizado en los precedentes antes individualizados. La segunda, vinculada a los delitos que tienen previstas penas indivisibles, es la denominada «casación horizontal».

En efecto, la presente sentencia debe tener la posibilidad de revisión -vía casación- por ante este mismo Tribunal con otra integración en sus miembros (esto último confirme lo dispuesto por la Corte IDH en el caso -de competencia originaria local- «**Barreto Leiva vs. Venezuela**», párrafo 90).

La razón que avala lo referido en el párrafo anterior se encuentra en la necesidad de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en lo dispuesto por la **Corte IDH en los casos «Herrera Ulloa vs. Costa Rica» y «Mohamed vs. Argentina»** y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente «Casal». Dicho de otro modo, debe asegurarse al acusado el acceso efectivo a la etapa revisora de la sentencia condenatoria más grave dictada en esta instancia.

Ello, con la finalidad que se obtenga un pronunciamiento en un plazo razonable que ponga término a la situación de incertidumbre de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (Fallos 272:188).

En tal sentido debe señalarse que la Corte IDH ha expresado al respecto que «[...] el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena.

Se trata de una garantía del individuo frente al estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención» (**Corte IDH, Caso «Mohamed vs. Argentina»**, párrafo 92). Aun cuando la solución que aquí se propicia no encuentra previsión expresa en la actual legislación procesal local, lo cierto que deben evitarse interpretaciones que conlleven un excesivo ritualismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos en que se funda el recurso (Fallos 311:148; 330:1072, entre otros).

Por su parte, también avala lo señalado el escaso margen revisor que tiene la Corte Federal mediante el recurso extraordinario federal, en tanto, por regla, no admite la revisión de cuestiones fácticas, probatorias ni del derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

De tal manera, y como la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en relación a lo aquí analizado, la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para hacer operativos mandatos concretos de jerarquía constitucional, no puede derivar en la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la norma fundamental argentina (**CSJN, P., S.M., sentencia del 26 de diciembre de 2019, del voto de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Rosatti**).

Finalmente, debe señalarse que en cualquiera de las opciones antes mencionadas en relación a las posibilidades de solución a la cuestión planteada, la consecuencia resultaría la misma. Ello, en tanto en el caso en que se remita la causa para la determinación de la pena y ella fuera recurrida, debería nuevamente intervenir este Tribunal con diversa integración (art. 62, inc. 1° del CPP), lo que también ocurriría al aplicarse la casación horizontal propuesta, con la ventaja de celeridad que este último supuesto brindaría.

En conclusión, la decisión a la que se llega en la presente resolución debe tener asegurada la posibilidad de revisión «horizontal» -a través del recurso de casación- por parte de este Tribunal, a fin de garantizar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas de la garantía del debido proceso penal y, específicamente, del derecho convencional a la doble instancia. Esta es por cierto, la posición asumida por la Corte IDH en el caso «Mohamed vs. Argentina» y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación diversos precedentes («Duarte», Fallos 337:901 y el referido «P., S. M.», Fallos 342:2389; entre otros). ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Teniendo en cuenta lo resuelto en el tratamiento de la cuestión que antecede, razones de estricto orden lógico y normativo me imponen apartarme parcialmente de la solución propuesta en el voto preopinante. En efecto, si bien comparto en revocar el resolutorio I de la mencionada resolución (fs. 734 y vta.), estimo que deben remitirse los presentes obrados al tribunal de origen a los fines de que imponga pena, todo ello conforme lo previsto en **el art. 38 de la ley 9106 (“Chacón Moyano”)**.

Lo afirmado en el párrafo precedente encuentra sus razones en el estricto apego al sistema de enjuiciamiento acusatorio-adversarial.

Ello por cuanto, si bien el art. 485 del CPP habilita a casar la sentencia y resolver el caso cuando, como en el presente, la impugnación es por la errónea aplicación de la ley sustantiva, no podemos desconocer que se trata -en el caso- de un recurso del Ministerio Público Fiscal que prospera y que, en la resolución adoptada en consecuencia por este Tribunal, importa la imposición al acusado de una pena más grave que la determinada por el tribunal de juicio.

Como así también, en que esta norma, al igual que el art. 413 del CPP. -que autoriza a imponer una pena más grave que la solicitada por el Ministerio Público- es tributaria del sistema inquisitivo atenuado, y que la buena práctica de un sistema acusatorio adversarial hace conveniente remitir al tribunal de origen para que, en una audiencia pública, y previo a escuchar al imputado, se imponga la pena. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación interpuesto por la parte querellante a fs. 780/791 vta. de las presentes actuaciones.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica a fs. 804/815 vta. de las presentes actuaciones
- 3.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 759/779) debiendo casarse la sentencia N° 756, solamente respecto de la calificación de los hechos imputados a A. S. D. C. M. en el marco de estos autos. En consecuencia, corresponde casar el punto I de la mencionada sentencia (fs. 734 y vta.), el que quedará redactado de la siguiente forma: «I.- CONDENAR a A. S. D. C. M., ya filiado, a la pena de PRISIÓN PERPETUA, con accesorias legales y costas,

como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR HABER MEDIADO VIOLENCIA DE GÉNERO por los hechos que se le atribuyen en estos autos N° P-97.026/16 (art. 80, inc. 11 y art. 12 del CP; arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)».

4.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

5.- Tener presente las reservas del caso federal.

6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

5- TIZZA. 08-01-21. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1° y 89 del CP. Ley 9106.

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Lesiones leves calificadas. Acción. Comisión por omisión. Posición de garante. Veredicto Jurado. Unanimidad. Instrucciones al Jurado. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó a Tizza y González, a la **pena de prisión perpetua**, luego de que el jurado popular constituido en autos los considerase culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1 del CP) y del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo en el caso de Tizza (art. 89 en función del art. 80 inc. 1° del CP).

Las **defensas** interponen recursos de inconstitucionalidad (Tizza y González) y de casación (González).

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

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de inconstitucionalidad planteados por las defensas de Antonio Sebastián Tizza y de Celeste Yanina González Zárate y rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 747, pronunciada por TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ibañez Benavidez Yamila M. y ot. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Petean Pocoví. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Sama Villalobos. 25-06-84.
- González Martín Aníbal Celso. 22-03-88.
- Alvarado Funes. 09-12-96
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Mopardo Dupox. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22/08/2019: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

c-CSJN

- Canales, Mariano Eduardo. 02-05-19.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692>

- Casal, Matías Eugenio. 20-09-05.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692622111200>

d-Fallos internacionales

- R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, Suprema Corte de Justicia de Canadá.
- “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda
- “Kurt John Owen vs. La Reina”, Corte Suprema de Nueva Zelanda, SC 25/2007.
- “Biniaris”, “R. vs. Biniaris”, Corte Suprema de Justicia de Canadá, [2000] 1 S.C.R. 381, voto preopinante de la jueza y jurista internacional Louise Arbour.

Doctrina citada.

- The Jury Poll and a Dissenting Juror: When A Juror in a Criminal Trial Disavows Their Verdict in Open Court”, J. Marshall Law Rev., vol. 35, Issue 1, Article 2, Fall 2001, Karl Moltzen.
- Teoría General del Derecho y del Estado», de Hans Kelsen.
- Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, UNICEF.
- El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», Revista Argentina de Teoría Jurídica, 14, 2, 2013, p. 21.
- Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe, OEA, CIDH, 2019.

●

BINDER, Alberto M y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021.

BINDER, Alberto M y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “b”, 2020

HONNETH, La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales, Barcelona, 1997, pp. 118 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Malum passionis, Barcelona, pp. 24 y ss.

HOPP, Cecilia M., 2017, «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal», en Di Corleto (coord.) Género y Justicia penal, Ed. Didot.

ROBLES PLANAS, Ricardo, 2012, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. El ejemplo de la intervención por omisión”, InDret, p. 16.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y Alvarado, Mariana, “ Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137.

BOBBIO, Norberto, “Estado, Gobierno, Sociedad”.

HERRERA, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado», tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015).

GARCÍA DE LA SERRANA, Jorge Irigaray, «Design thinking: qué es, características y fases», 27/07/2020, EAE Business School- Harvard Deusto, en: <https://retos-directivos.eae.es/design-thinking-que-es-caracteristicas-y-fases/>).

- The Technolawgist, Legal Design: el lavado de cara del derecho, 17/06/2019, en: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/17/legal-design-el-lavado-de-cara-del-derecho/>

Parágrafos destacados.

“De ningún modo puede validarse una sentencia a prisión perpetua en el que los principales problemas de imputación no han sido tenidos en cuenta por el jurado porque ni las partes ni el juez se lo hicieron conocer.

No es posible transformar al sistema de justicia en un homologador formal de sentencias arbitrarias a las que se llega mediante instrucciones deficientes para resolver los problemas que plantea un caso. El juez o la jueza de un sistema acusatorio no puede ser un escribano que observa las injusticias y luego las avala sin corrección alguna.”

“Las críticas expuestas no suponen un cuestionamiento a la actuación del jurado popular sino a la actividad judicial respecto de las instrucciones que se le suministraron a aquél.”

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

(R.B)

Fallo:

CUIJ: 13-04879377-5/1((018602-32546)) FC/ TIZZA ANTONIO SEBASTIAN Y GONZALEZ ZARATE CELESTE YANINA P/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO EN CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA JUDICIAL (32546) (32546/18) / RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963532*

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-04879377-5/1 caratulada “F. c/ TIZZA, ANTONIO SEBASTIÁN Y GONZÁLEZ ZÁRATE, CELESTE YANINA P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA JUDICIAL (32.546/18) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Celeste Yanina González Zárate a fs. 1141/1146 vta. y 1166/1167 vta., y la defensa oficial de Antonio Sebastián Tizza a fs. 1153/1157 vta. y 1160/1162 formulan recursos de casación e inconstitucionalidad respectivamente contra la sentencia N° 747 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a los nombrados a la pena de prisión perpetua luego de que el jurado popular constituido en autos los considerase culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1 del CP) y del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo en el caso de Tizza (art. 89 en función del art. 80 inc. 1° del CP), por los que se los acusaba en los autos N° P-32.546/18 y P-36.628/18 respectivamente.

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

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a los acusados a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 los encontró culpables del homicidio de V.G. –v. registros audiovisuales, primera audiencia del 07/09/2019, 03:28 am–. La sentencia N° 747, obrante a fs. 1133/1132, da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado –v. fs. 113/116 vta.–, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –v. fs. 1116 vta./1130–, del veredicto del jurado –v. fs. 1130 y vta.– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –v. fs. 1130 vta./1131–. En oportunidad de leer las instrucciones iniciales al jurado popular, el juez explicó el hecho acusado a Sebastián Tizza y Celeste González del siguiente modo: «Expediente N°32.518. El primer caso que se investiga en este expediente es el siguiente: se acusa a ambos (a Celeste González y a Sebastián Tizza) para una fecha aproximada 15 de abril de 2018 aproximadamente a las 4.40 hs. [...] en Tupungato, en la ruta provincial N° 89 sin número callejón Pérez Bonfant. Lo que se acusa es a ambos de haber omitido la asistencia médica oportuna en relación al hijo de ambos, V.G.T., quien había recibido golpes que le ocasionaron lesiones, y [...] de haber llevado a tiempo al menor a un centro asistencial médico, el niño no hubiera muerto. Este hecho ha sido calificado por la fiscalía [...] como comisión por omisión del delito de homicidio calificado por el vínculo [...]» –v. registro audiovisual de la cuarta audiencia del día 02/09/19, min. 04:19 y ss.–. También les explicó que «[a]demás,

en este expediente 1 hay un segundo caso en el que se acusa sólo a Sebastián Tizza, [...] por no haber cumplido una orden de prohibición de acercamiento que había sido dictada por el Primer Juzgado de Instrucción de Tunuyán, en relación a su hijo V.G.T. (...). Este delito fue calificado por la fiscalía como desobediencia a la autoridad. [...] Hay un segundo expediente [...], entre el 14 y el 18 de febrero del 2018, y en la misma dirección de Tupungato, aquí se acusa también a ambos -a Celeste González y Sebastián Tizza- de haber omitido tomar los recaudos oportunamente para evitar que su hijo, V.G.T. recibiera maltrato físico que le provocó lesiones leves. No tomaron los recaudos para evitar que su hijo recibiera lesiones. Este hecho fue calificado por el fiscal como el delito de comisión por omisión del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo» -v. mismo registro audiovisual, hasta min. 07:40-. Durante el debate, el representante del Ministerio Público Fiscal formuló dos modificaciones en la plataforma fáctica. La primera de ellas tuvo lugar durante la cuarta audiencia del día 04/09/19, en la que, mediante la invocación del art. 392 del CPP, afirmó que «Tenemos aquí la investigación de tres hechos. El que ocurre en febrero 14 y 18 con lesiones leves, y el que ocurre posteriormente hacia el 15 de abril de 2018. Aquí aparecen dos hechos, que es que se incumple con la orden de no acercamiento, y el asesinato, la muerte, el homicidio de V.T. Sobre este segundo hecho estamos señalando específicamente, sr. Presidente, que los hechos no estaban cometidos por golpes NN y no identificados -cosa que ocurría hasta el momento de esta audiencia- sino que tras la declaración de la señora Celeste González, ella expone una situación puntual: que es que Tizza golpearía a su hijo en un momento dado, en un determinado lugar, y que ella lo vio golpeándolo estando el niño sobre la cama y Tizza parado a su lado golpeándolo con los puños en el abdomen. Relató ella -y me remito brevitatis causae- toda las circunstancias que se motivaron en este contexto (como está siendo grabado y el documento es digitalizado, me remito en ese sentido). A posteriori de ello, si bien esto podría decirse que antes no lo teníamos, porque ella sólo había hecho una denuncia, no estaba ingresado en el debate, aparece recién en el debate tras su declaración, se suman declaraciones de los peritos psicólogos [...]. La acción concretamente entonces del señor Tizza había sido ejecutar acciones violentas con su cuerpo, golpeando al menor, y que estos golpes son los que en definitiva le llevan y provocan a horas, la muerte a este niño» -v. registro audiovisual, min. 01:10:00 y ss.- . Luego, en la primera audiencia del día 06/09/19, el fiscal afirmó que «por los mismos argumentos que se expusieron respecto de la adaptación de la figura de acción, y no de comisión por omisión, respecto del homicidio, voy a hacer este pedido de modificación también para el caso de las lesiones que se imputan al señor Sebastián Tizza, entendiendo que deben ser dentro de la modalidad también de acción y no de comisión por omisión. Los fundamentos, me remito brevitatis causa a los mismos que hemos manifestado con anterioridad» -v. registro audiovisual, min. 02:47 y ss.-.

2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad

2.a.- Recurso de la defensa particular de Celeste Yanina González Zárate

La impugnación planteada por la defensa de la imputada se funda en dos agravios principales: uno apuntado a señalar la nulidad del veredicto del jurado, y otro a demostrar que el jurado se apartó notoriamente de la prueba rendida durante el juicio. En relación con la nulidad del veredicto, la defensa afirma que el presidente del jurado, al ser preguntado por el juez si habían llegado a un veredicto, dijo que «Fue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no.» para luego leer un veredicto de culpabilidad por el delito más grave atribuido a su defendida. Alrededor de esa circunstancia, la defensa construye 6 argumentos a partir de los cuales el veredicto sería nulo: i) el veredicto es contradictorio porque si unos estuvieron de acuerdo y otros no, entonces no se alcanzó la unanimidad requerida por el **art. 33 de la ley 9.106**. Decir que la duda a la que refiere el presidente se

refiere al estancamiento con respecto a cargos menores no obedecería a una interpretación contextual y sería ingenuo. ii) La severidad de la acusación requiere que se extreme la garantía de la imputada a un juicio justo, que incluye un veredicto de culpabilidad unánime. iii) Como en nuestro sistema no existe el «Jury Poll» –encuesta al jurado que permite consultar a cada miembro si el veredicto leído es suyo–, cobran especial relevancia las palabras del presidente del jurado sobre la inexistencia de unanimidad. Sobre la unanimidad no puede haber dudas, pues es una garantía del acusado. iv) Las circunstancias que rodearon la deliberación son relevantes para afirmar que el veredicto no fue unánime: la deliberación terminó a las 3 am de un sábado, luego de una semana de extenuantes jornadas de 10 horas de juicio. La nocturnidad del procedimiento pudo hacer que la voluntad de los jurados estuviera viciada por el cansancio y la presión de algunos miembros por sobre otros, como lo señaló el presidente. No sólo él estuvo en desacuerdo, sino -según sus palabras- también otros jurados.

La doctrina estadounidense ha expresado que la falta de asertividad pone en riesgo la validez del veredicto: «The validity of a verdict is put in jeopardy when a juror gives an equivocal, ambiguous, inconsistent, or evasive answer. Similar concerns arise when the juror's assent is reluctant or conditional» (en «The Jury Poll and a Dissenting Juror: When A Juror in a Criminal Trial Disavows Their Verdict in Open Court», J. Marshall Law Rev., vol. 35, Issue 1, Article 2, Fall 2001, Karl Moltzen). v) La defensa invoca un argumento de teoría del derecho, según el cual una norma jurídica es siempre válida y no puede ser nula, pero sí anulada. Los vicios que puedan afectarla podrán llegar al extremo de que la regla que se presenta como norma no lo sea en absoluto, pero siempre es necesario el pronunciamiento del órgano que, por lo menos, debe decidir que tal regla no es una norma.

Ancla el argumento con cita de «Teoría General del Derecho y del Estado», de Hans Kelsen, y agrega que es la teoría del tipo la que revela que el defecto interno del acto lo invalida y entorpece la cosa juzgada. Luego señala que un acto es nulo cuando la incongruencia entre lo actuado y el tipo procesal es magnitud tal que la individualidad final que éste asigna no aparece en aquél. vi) Funda jurídicamente la nulidad en los artículos 197 a 199 y 416 del CPP, 33 de la ley 9.106 y en la parte dogmática de la Constitución Nacional. En segundo orden, la defensa de González Zárate afirma que el jurado se apartó notoriamente de la prueba pues en esta causa procedía al menos una condena atenuada. Entiende que existen varios indicadores de violencia de género que no se tuvieron en cuenta al momento de resolver la causa, que está probado que la acusada era una madre diligente con su hijo y que no lo agredió. La acusación se basó en la omisión de cuidados al menor, pero todos los testigos declararon que el menor era cuidado por su madre, con lo que no puede endilgársele que omitiera cuidados mínimos.

El apartamiento de la prueba y la omisión de valoración del contexto de género son, a criterio del defensor, evidentes. La violencia de género era tan evidente que el Fiscal imputó el delito de amenazas al acusado Tizza respecto de la coimputada González Zárate. El acusado descalificaba e insultaba a su pareja y a V.G, en su momento le pidió que abortara al niño y ejercía violencia de género, lo que no fue valorado por el jurado. En último lugar, el recurrente solicita la declaración de inconstitucionalidad de la condena a prisión perpetua por vulnerar la progresividad de la pena, la reinserción y el fin reformador de la pena. Efectúa reserva del caso federal.

2.b.- Recurso de la defensa oficial de Antonio Sebastián Tizza

La defensa pública plantea recurso de inconstitucionalidad contra la pena de prisión perpetua impuesta por la sentencia recaída en autos. Considera que tal pena colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, el principio de estricta legalidad y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

Sobre el principio de culpabilidad, afirma que una pena fija supone una relación estandarizada entre el individuo y el hecho cometido, que omite las circunstancias particulares que impliquen un agravamiento o morigeración del reproche que debe dirigirse al individuo.

Según la defensa, tal pena también colide con la división de poderes en un estado republicano, pues prescribir una única pena posible para todos los casos que encuadran dentro de una figura legal supone vedar al juez la posibilidad de conocimiento respecto de la pena aplicable.

Ello implica que el legislador se arroga conocimiento de causas pendientes en transgresión a la división de poderes y lo previsto por el art. 116 de la CN. La prisión perpetua también aniquilaría el mandato resocializador contenido en el art. 18 de la CN y 5.6 de la CADH.

La perpetuidad también contradiría el principio de estricta legalidad, ya que el derecho a la individualización de la pena se obstaculiza pues no existe certeza de que al cabo de 35 años se pueda acceder a la libertad condicional. Por otra parte, la perpetuidad transgrediría la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes, en contraposición con el art. 16 de la Convención contra la Tortura. Explica que ello es consecuencia de la magnitud de la pena –por lo menos, 35 años de duración– y de la incerteza respecto de la posibilidad de acceder a salidas, que además dependen de informes de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen la reinserción social, así como de la observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios.

De no darse esos requisitos, el acusado permanecerá detenido de forma indefinida. No existe un día de inexorable liberación en este tipo de pena, no siendo suficiente la mera posibilidad de acceso a la libertad condicional en un futuro incierto. Afirmar la constitucionalidad de la prisión perpetua porque ésta puede tener fin en algún momento, sin que ese momento esté precisado, implica vaciar de contenido práctico a las normas constitucionales y convencionales orientadas a proteger los derechos básicos del ser humano. Los jueces, en virtud del mandato de certeza –consecuencia del principio de legalidad–, tienen la obligación de comunicarle al imputado el hecho por el que se lo condena, su participación en el mismo y las pruebas que lo demuestran, la ley infringida, la pena aplicable y el modo de cumplimiento. La pena de prisión perpetua es inconstitucional de modo genérico, pero también en el caso concreto.

Agrega la defensa que el acusado solamente ha sido tenido en cuenta por el sistema penal cuando ha quebrantado la ley: no importó antes, pues no fue incorporado en programas de inclusión social; ni importará después, en la etapa de ejecución de la pena. Ignorar esas circunstancias, reductoras de la culpabilidad, implicaría actuar de modo irreflexivo y estandarizado a la hora de individualizar la pena aplicable. Además, afirma que Tizza tiene 23 años, por lo que recién se encontraría en edad de reunir los requisitos del art. 13 del CP para la libertad condicional a los 58 años, a lo que debe agregarse que la expectativa de vida se reduce por las condiciones de vida del sistema penitenciario. En el caso concreto, Tizza agotará su expectativa de vida en prisión, encierro que habrá consumido su capacidad productiva y tornará ilusoria su resocialización.

Considera que debe tomarse en consideración la escala prevista para el tipo penal básico del art. 79 del CP, por tener una referencia directa con el caso en juzgamiento y contar con un margen de amplitud suficiente para valorar la sanción aplicable, debiendo realizarse un juicio de determinación de la pena como prevé el art. 38 de la ley 9.106. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de dictaminar sobre las impugnaciones planteadas, el señor Procurador General considera que deben ser rechazadas.

3.a.- Respecto del recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate,

sostiene que procede desde el punto de vista formal, aunque no desde el procesal. Explica que en autos se ha dado acabado cumplimiento con el procedimiento previsto por la ley 9.106 y que se aplicaron debidamente las disposiciones relativas a las instrucciones dadas al jurado en forma verbal y escrita, dejándose constancia de que las partes manifestaron su conformidad con las mismas. Advierte que en las instrucciones finales se dejó claro que el veredicto debía ser unánime, que cada uno de los miembros del jurado debía decidir el caso por sí mismo luego de haber considerado toda la prueba y de haberla discutido con los demás jurados.

También se plasmó que el jurado debía intentar llegar a un veredicto unánime siempre que todos y cada uno de los miembros pudiera hacerlo tras haber tomado su propia decisión. Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, también se explicó al jurado qué hacer si no se alcanzaba unanimidad luego de las deliberaciones, indicando con claridad que debía ser informada la situación al juez técnico, que discutiría con las partes el curso a seguir.

De ello colige el Procurador General que no hubo inducción ni presión alguna al jurado sobre el sentido al que debía llegar el veredicto. Además, los letrados de las partes manifestaron su acuerdo con las instrucciones y no formularon disidencias ni oposiciones. Respecto del pretendido apartamiento de las pruebas por parte del jurado, refiere que la crítica constituye una mera discrepancia con el veredicto, que no luce arbitrario.

En las instrucciones se detalló que la decisión debía basarse en toda la prueba presentada durante el juicio y en la deliberación las personas que integraron el jurado emitieron sus opiniones y llegaron a un veredicto unánime de culpabilidad. La condena de Celeste Yanina González Zárate por el delito de homicidio agravado por el vínculo no resulta arbitraria, sino lógica y consecuente con las pruebas rendidas. Tampoco puede tener acogida, a criterio del Procurador General, la pretensión del quejoso de que el veredicto viola las instrucciones sobre valoración probatoria, que solamente denota su disconformidad. Puede afirmarse, a su entender, que el jurado dictó su veredicto luego de apreciar debidamente el plexo probatorio contemplando la exposición de las pruebas de cargo y descargo y contando con los argumentos que la defensa ahora reitera. En relación con el planteo de inconstitucionalidad que el recurrente incluye en su escrito, afirma el Procurador General que el mismo debe ser rechazado en el plano formal pues el párrafo de escasos renglones en que se funda no se autoabastece como fundamento de la inconstitucionalidad pretendida. Tampoco expresa cuál es la norma atacada como inconstitucional, con lo cual las condiciones de procedencia previstas por el art. 489 del CPP no se ven satisfechas. Por tales razones, considera que debe rechazarse el recurso de casación y el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate.

3.b.- Sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Antonio Sebastián Tizza,

afirma que desde una perspectiva externa el mismo procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el plano sustancial. Estima que la pena de prisión perpetua no puede equipararse a una pena cruel e infamante, en tanto el condenado puede acogerse a los beneficios de la ejecución condicional y al régimen de progresividad de la pena. También sostiene que el fin resocializador no es el único que motiva la pena, que también atiende a fines de prevención general y especial, de modo que quien comete un delito de la magnitud y gravedad que el que se juzgó en autos sufre una consecuencia proporcional prevista en el texto constitucional. Se trata del máximo reproche previsto en el CP para quienes desprecian la vida ajena de determinadas maneras, por lo que la culpabilidad es por el hecho cometido y no en base al autor. No hay, en ese sentido, violación alguna al principio de legalidad en esta pena, según su criterio. Respecto de

la dificultad para la reinserción social del condenado, explica que ello no significa que sea imposible y que es el sistema de ejecución de la pena el que tiene que efectuar previsiones en ese sentido mediante el otorgamiento –durante el cumplimiento de la pena– de recursos a los acusados para que la resocialización no sea una ilusión. Pretender que la pena no sea en sí proporcional al hecho es adoptar una posición abolicionista que siempre encontrará razones para considerar infamante y cruel a la sanción. La pena no es en sí, según entiende el Procurador General, infamante y cruel, sino proporcional al hecho cometido, pues responde al principio de culpabilidad. Por otra parte, tacha de indefinida y dialéctica la crítica según la cual la prisión perpetua no constituye una sanción cuantificable, pues la libertad condicional puede otorgarse a los 35 años. Sostiene que la pena perpetua es una consecuencia lógica para delitos que, como éste, merecen una respuesta proporcional del Estado. En virtud de tales razones, propicia el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la pena prevista por el art. 80 inc. 1° del CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados en autos, corresponde adelantar que, según creo, debe hacerse lugar a la impugnación casatoria interpuesta por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia cuestionada y rechazar el recurso de inconstitucionalidad de la defensa de Antonio Sebastián Tizza.

En relación a esto último, debo señalar que la cuestión constitucional ha sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia en el plenario tramitado bajo los autos N° CUIJ 13-05365349-3/1 caratulado «Incidente en autos F. c/ Ibañez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. p/ homicidios calificados (159312) p/ plenario», al cual corresponde hacer remisión. Ha quedado claro que Antonio Sebastián Tizza y Celeste Yanina González fueron condenados por un jurado popular a la pena de prisión perpetua como autores responsables del homicidio de su hijo en común de un año y nueve meses de edad.

El jurado entendió que de la muerte del niño V fueron responsables tanto el padre como la madre. El padre por haberle causado la muerte mediante golpes de puño.

La madre por no haber evitado la muerte de su hijo encontrándose en posición de garante institucional respecto de este último.

Tal como adelanté, en mi opinión corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia dictada en autos, solo en lo que a ella respecta.

En cambio, no será objeto de revisión la condena de Antonio Sebastián Tizza puesto que la misma no ha sido recurrida y porque, además, no es alcanzada por efecto extensivo del recurso de la acusada.

Por lo tanto, la sentencia que afirma que Tizza fue el ejecutor material del homicidio de V. debe ser confirmada.

Ello significa que la nulidad del juicio llevado a cabo en contra Celeste Zárate no tiene como consecuencia la impunidad del hecho.

Ello es así no solo porque no se revisará la situación procesal del condenado como autor material, sino porque lo que se debe ordenar es la realización de un nuevo juicio, no la absolución de la acusada.

Se ha garantizado así el derecho de acceso a la justicia, pues se ha cumplido con los deberes estatales de investigar y sancionar hechos que ocurren en el marco de la jurisdicción nacional con el fin de evitar su impunidad.

Sin embargo, la obligación del Estado de no dejar impune un hecho tan grave como el de autos no autoriza la condena respecto de quien no se ha demostrado su culpabilidad. Sobre ello haré referencia en lo que sigue.

1. Consideraciones generales

Esta es una sentencia muy difícil de escribir por diversas razones.

Por un lado, porque es innegable que la muerte de un niño resulta siempre un hecho conmovedor, que genera un profundo dolor y una inmensa tristeza.

Y ello es así también para quien debe juzgar sobre las responsabilidades que pudieran corresponder por esa muerte.

Sin embargo, la gravedad del hecho trasciende lo emocional, pues matar a un niño constituye quizás la mayor forma de negación de la personalidad de un ser humano.

Se trata entonces de un hecho de trascendencia institucional. Por otro lado, a la extrema gravedad del hecho debe sumarse una dificultad adicional, a saber, que existe una muy alta probabilidad de que la mujer acusada por no evitar la muerte de su hijo haya sido condenada por errores judiciales.

Dicho de otro modo, se advierte la posibilidad seria de que una persona inocente haya sido injustamente condenada.

A lo expuesto debe agregársele otra particularidad de no poca importancia: el hecho fue juzgado por un jurado popular que declaró la culpabilidad de la imputada por unanimidad.

Ello obliga a extremar los cuidados para poder llegar a la mejor solución posible. Paso a referirme brevemente a ambas cuestiones planteadas.

1.1. La gravedad del hecho y su trascendencia institucional

La muerte de un niño a causa de los golpes que recibió de su padre nos debe interpelar como sociedad. La gravedad del hecho viene dada no solo por el vínculo familiar del autor con la víctima, sino por el estado de absoluta indefensión física y psíquica en la que se encontraba esta última.

La vulnerabilidad de un niño de un año y nueve meses de edad es tal que no solo está impedido de resistir los golpes sino que carece incluso de la posibilidad de comprender el significado de una agresión.

No hace falta ofrecer demasiadas razones para entender que un hecho de semejante gravedad tiene importantes consecuencias tanto individuales como sociales.

Es que a través del Estado nuestra comunidad se ha comprometido internacionalmente en proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato (art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este sentido, en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, UNICEF decía que «no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana».

Pues bien, la muerte de V., como la de tantos otros niños y niñas, nos obliga a cuestionarnos si como comunidad en general y como Estado en particular, hemos estado a la altura de esos compromisos asumidos.

Por ello, la cuestión no se agota en la imputación de culpabilidad penal al padre o la madre de la víctima, sino que también debe analizarse la posible corresponsabilidad social que pudiera existir en casos como el traído a juicio.

Que un padre mate a su hijo a golpes supone el máximo fracaso de las instancias sociales de reconocimiento recíproco que existen entre las personas (**HONNETH, La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales, Barcelona, 1997, pp. 118 y ss.**).

Las familias, la escuela, el trabajo, como tantos otros ámbitos de la vida en común son estructuras sociales de reconocimiento en las que los contactos dejan de ser anónimos e interpersonales y pasan a ser espacios en los que las personas pueden ser reconocidas por aquellas personas a quienes a su vez y al mismo tiempo reconocen (**SILVA SÁNCHEZ, Malum passionis, Barcelona, pp. 24 y ss.**).

El homicidio de V. pone dramáticamente de manifiesto la ruptura de esas estructuras de reconocimiento que el Estado está obligado jurídicamente a garantizar.

Por último, como dificultad adicional para el juzgamiento del caso, no puede negarse la importancia que tiene el problema de la violencia de género que lo atraviesa.

En efecto, la ruptura de las estructuras de reconocimiento recíproco también se explica por el impacto que tienen los condicionamientos socioculturales emergentes del sistema hegemónico en el que las instituciones mencionadas se encuentran ancladas.

Expresado con toda claridad, en el momento de determinar las responsabilidades no puede prescindirse de considerar las violencias contra las mujeres y su estrecha vinculación con la asignación estereotipada de roles y los mandatos de género, pues se trata de otro de los factores que contribuyen a la configuración de un contexto general donde se produce aquel quiebre de estos ámbitos sociales en los que las personas se reconocen entre sí.

Dicho brevemente, las violencias contra las mujeres constituyen un modo de negación de su personalidad.

1.2. La importancia de las instrucciones al jurado y el alto riesgo de que la condena a perpetuidad recaiga sobre una mujer inocente.

Quizás una de las razones por las que las decisiones del Poder Judicial son cuestionadas por buena parte de la ciudadanía sea su «déficit original» de legitimidad democrática, en razón de que sus integrantes, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los poderes del Estado, no están sometidos al voto popular (ver al respecto mi voto en el fallo plenario sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua).

Sin embargo «no es solo la debilidad democrática de origen sino la falta de democratización del proceso de diálogo con la ciudadanía» lo que explica la razonabilidad de esos cuestionamientos. Gargarella atribuye estas dificultades de diálogo entre el Poder Judicial y la ciudadanía a que «los jueces –y muy en particular los de la Corte Suprema– tienden a ser seleccionados entre los sectores más pudientes de la sociedad (los más ricos, los que han tenido acceso a una mejor educación), mientras que muchos de los individuos involucrados en los litigios provienen de sectores sociales más bien bajos. La combinación de estas diferencias tiende a dificultar las instancias de diálogo» (**«El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», Revista Argentina de Teoría Jurídica, 14, 2, 2013, p. 21**).

Yo creo que ello no es así. No es que los integrantes Poder Judicial provengan de una casta privilegiada. Por el contrario, se trata de una institución que ha ido conformándose a sí misma con sus particulares características debido, fundamentalmente, al carácter endogámico del proceso de selección de magistrados que fomenta su integración con personas que ya forman parte del Poder Judicial y que, en consecuencia, inevitablemente reproduce sus mismas prácticas y lógicas. Una forma de modificar estas estructuras endogámicas es la implementación de jurados populares que, en tanto derecho de la comunidad a juzgar a sus pares, constituye una pieza fundamental en una concepción de justicia deliberativa y ocupada por generar vínculos entre la comunidad y la administración de justicia.

En la medida en que la ciudadanía reconozca a las decisiones del jurado como «propias», es menos frecuente la crítica social contra las sentencias pronunciadas mediante este procedimiento. Por ello he expresado mi absoluto respaldo al juicio por jurados y he subrayado muchas de las ventajas que presenta. Esta institución, muy joven en nuestra historia judicial, tiene una enorme trascendencia en términos de apertura de la justicia, pues es un modo de construir legitimidad democrática en torno a las decisiones judiciales.

Esa legitimidad se erige tanto en el plano procedimental como en el epistémico.

Procedimentalmente, el juicio por jurados asegura un método de selección de jueces igualitario y representativo, que permite a la ciudadanía controlar y participar en la toma de decisiones públicas, a la vez que optimiza la garantía de imparcialidad.

En el aspecto epistémico el jurado fortalece el valor democrático de las decisiones judiciales en razón del mayor número de personas involucradas en la toma de decisión, del método deliberativo por el cual llegan a sus conclusiones, y de la unanimidad exigida como requisito para considerar culpable, o no culpable, a la persona acusada (**conf. «Petean Pocoví»**).

En otras palabras, el juicio por jurados implica el compromiso de la comunidad con la tarea de conocer el Derecho, analizar los hechos que les son expuestos y las alegaciones de las partes, y llegar deliberativamente a una decisión en la que sus concepciones morales, políticas y culturales son primordiales.

Esta tarea conlleva un ejercicio democrático y una instancia de aprendizaje respecto del modo en que funciona la tarea del Poder Judicial. Ahora, que el jurado popular constituya una herramienta fundamental de diálogo institucional entre el sistema de justicia y la ciudadanía no significa que pueda prescindirse de las reglas debido proceso legal.

En este sentido, la tarea que el Poder Judicial está obligado a desempeñar sigue siendo fundamental, pues a través de las instrucciones se le suministra al jurado el camino lógicojurídico que debe seguirse para llegar al veredicto de inocencia o culpabilidad.

Por ello, el debido proceso constituye una garantía no solo para el o la acusada sino también para la comunidad en general, incluidas las personas víctimas, pues una grave violación de las garantías constitucionales puede frustrar la adecuada satisfacción del derecho de aquellas de acceder a la justicia. La memoria de V. se honra con un juicio justo a su madre y no con una condena a como de lugar, sin que se le haya proporcionado al jurado popular las instrucciones mínimas que se deben cumplir para imputar una muerte por omisión y sin que se haya puesto seriamente en su consideración las graves cuestiones de género que evidentemente atravesaron el caso.

Lo insinuado en el párrafo precedente se explica en que, en el juzgamiento de la madre de la víctima, Celeste Yanina González Zárate, se advierten una serie de vicios graves que generan la alta probabilidad de que su declaración de culpabilidad y su condena sean erróneas.

Dicho brevemente, existe en el caso de autos un riesgo de error judicial, inducido por falta de instrucciones precisas al jurado, que puede tener como consecuencia dramática la condena a prisión perpetua de una persona posiblemente inocente.

De este modo, estamos ante un escenario en el que al mal que significó la muerte de V., le siga otro mal, la condena a prisión perpetua a su madre, pese al riesgo de que ella no sea culpable. Por ello, es necesario salir de esta situación paradójica en el que el hecho y la intervención del sistema de justicia aparecen como una sucesión irracional de males.

La salida de esta paradoja es la realización de un nuevo juicio a la acusada con un jurado que cuente con instrucciones claras que le permitan llegar a la verdad, reduciendo al mínimo las posibilidades de error.

En resumen, en el caso de autos el posible error no es imputable al jurado popular, sino a la falta de claridad en las instrucciones que se le suministraron, en particular, en materia de imputación mediante omisión y violencia de género.

La subsanación de ese error no puede ser la confirmación de la sentencia, sino su anulación y la realización de un nuevo juicio.

Por otra parte, la realización de un nuevo juicio con todas las garantías constituye la mejor manera de defender el juicio por jurados.

Las falencias son normales en un sistema que lleva muy poco tiempo de implementación. Pero el sistema no se perfecciona ocultando sus defectos o sus problemas de funcionamiento, sino visibilizando los mismos y procurando su corrección.

En este sentido, es decisiva la tarea que debe desempeñar el Poder Judicial, en particular los jueces y juezas, especialmente a través de las instrucciones que se imparten al jurado.

Para ello se requiere que tanto las partes, como los jueces y juezas, estén muy bien formados, no solo respecto al procedimiento aplicable, sino fundamentalmente en Derecho penal y en Derechos humanos. Es que ya no se trata de servirse de la propia formación para resolver el caso técnicamente, sino de poner dicha formación a disposición del jurado para que éste pueda resolver, conforme a su íntima convicción, pero con las mejores herramientas jurídicas con las que se puede contar.

Todo ello torna más difícil la tarea que debe desempeñar el juez o jueza en este tipo de juicios. Para poder instruir correctamente a un jurado popular no especializado en la materia, se debe saber más, no menos. Solo así el juicio por jurado será un procedimiento que acerque el sistema de justicia a la ciudadanía.

Si no propiciamos la incorporación de reglas de imputación claras en las instrucciones al jurado, se corre el riesgo, como en el caso que aquí se enjuicia, de que la determinación de la culpabilidad o su inocencia se vuelvan, como decía Enrique Gimbernat, una cuestión de lotería.

Sin embargo, la imposición de una pena de prisión perpetua, que determina el ámbito de competencia del jurado en nuestra provincia, debería depender de algo más racional que una mera cuestión de azar.

La preservación del juicio por jurados populares mediante la confirmación de una condena a perpetuidad a una mujer cuya culpabilidad ha quedado lejos de ser demostrada, no solo supone una instrumentalización deshumanizante de la acusada, inadmisibles en un Estado democrático de Derecho, sino que implica un efecto contrario al que se pretende conseguir.

De este modo, en lugar de lograrse una defensa eficaz del sistema, se contribuye a la erosión del bien más preciado del juicio por jurados y que estamos obligados a preservar: su legitimidad democrática.

2. Las razones de la nulidad del juicio:

la revisión de las instrucciones y la garantía del doble conforme La cuestión a determinar es si el jurado contó con los elementos técnico-jurídicos que se le debían facilitar para poder establecer la responsabilidad penal de la acusada.

En lo que sigue se intentará demostrar por qué entiendo que se ha obstaculizado la posibilidad de que se pueda ofrecer una respuesta justa en un caso de gravedad extrema.

Según creo, al jurado se le privó de acceder a categorías jurídicas conceptuales, principios constitucionales y convencionales y pautas hermenéuticas cuyo conocimiento era necesario para poder decidir sobre la responsabilidad de González Zárate.

En efecto, las instrucciones dadas respecto al enfoque y contenidos de géneros y las reglas de imputación suministradas para los delitos de comisión por omisión fueron decisivamente deficitarias para la solución del caso.

Ello sesgó la posibilidad de que el jurado pudiera evaluar de manera holística las circunstancias en las que se cometió el crimen y determinar si existían elementos que podrían haber influido en la definición sobre la responsabilidad penal de la acusada.

Por diversas razones, este déficit en la intervención judicial ha tenido consecuencias especialmente relevantes para el juzgamiento del caso.

En primer lugar, la incorporación del enfoque de géneros constituye un imperativo constitucional y convencional ineludible.

No está sujeta a la discrecionalidad de las partes o del juez o jueza su observancia, sino que se trata de un deber estatal cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional. Brevemente, el sistema de justicia debe garantizar el enfoque de géneros.

El juicio por jurados no constituye una excepción a esta regla: las instrucciones al jurado deben contemplar las cuestiones de género que plantee el caso.

En segundo lugar, debido a la falta de incorporación de este enfoque a las instrucciones, nos enfrentamos a la posibilidad de que una mujer haya sido re-victimizada por un sistema penal que la hace cargo de un hecho del que podría no ser responsable, a saber, la muerte de su hijo.

Existen indicadores de violencia por razones de géneros y otros elementos cuya valoración desde tal perspectiva debió haber sido puesta a consideración de la ciudadanía.

La existencia de una instrucción abstracta y formal sobre esta cuestión en realidad le privó materialmente al jurado la posibilidad de determinar si González Zárate también fue víctima de la violencia que mató a su hijo y qué consecuencias pudo tener ello en la determinación de su responsabilidad.

Y, en tercer lugar, la escasez en las directivas sobre género pudo haber incidido en la imputación de la conducta omisiva que se le reprocha a la acusada, pues la violencia de género puede incidir tanto a nivel de tipicidad como a nivel de culpabilidad en el delito de comisión por omisión.

Por ello se propicia aquí la anulación del juicio y la realización de un nuevo debate, de conformidad con lo ordenado por el art. **41 de la ley 9.106** de Juicio por Jurados Populares, que dispone que en este procedimiento se aplican las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias que prevé el Código Procesal Penal, entre las que se encuentra la anulación de la resolución por vicios procedimentales (conf. arts. 486, 474 inc. 2 del CPP).

Es que el derecho de la ciudadanía a juzgar a sus pares debe ser compatible con la garantía convencional del doble conforme.

Dicho de otro modo, también la sentencia dictada por el jurado popular puede ser revisada en su totalidad en segunda instancia.

Ahora, en la solución propuesta se sostiene el criterio de esta Sala según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en omisiones que se advierte en las instrucciones impartidas al jurado en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo en comisión por omisión, punto en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que conduce a la anulación

parcial de la resolución cuestionada. En lo que sigue me ocuparé de fundamentar la nulidad que he anticipado.

Para ello, procederé del modo que sigue.

En primer lugar, identificaré el modo en que el enjuiciamiento llevado a cabo ha invisibilizado la posible violencia de género de la que Celeste González ha sido víctima.

Para ello, explicaré brevemente qué implica el juzgamiento penal con perspectiva de géneros, recuperaré los indicadores de violencia de género que se advierten en la presente causa y revisaré las instrucciones que se impartieron al jurado.

En segundo lugar explicaré de qué modo la ausencia de perspectiva de géneros impacta en la consideración del delito de homicidio agravado por el vínculo de que se ha acusado a Celeste González. Luego de dar cuenta brevemente de algunas implicaciones dogmáticas del delito en cuestión relevantes en este caso, revisaré las instrucciones impartidas al jurado y mostraré las falencias que advierto.

Por último, esbozaré algunas conclusiones.

2.1. Las instrucciones puramente formales al jurado en materia de violencia de género

2.1.1. *El enfoque de géneros como mandato constitucional y convencional*

El juzgamiento de la acusada no se puede transformar en una forma de perpetuar institucionalmente la instrumentalización de las mujeres.

En este sentido, juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento.

Por esta razón nuestro país ha asumido el compromiso político, legislativo y constitucional de no reproducir, erradicar y sancionar las violencias contra las mujeres. Constituye entonces un deber del sistema de justicia adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros.

Ese deber surge de modo indiscutible de la normativa constitucional y legal nacional, así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos– (v. «**Zurita Ábrego**»).

En definitiva, en nuestro sistema jurídico, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencias en sus distintas manifestaciones, es necesario adoptar un punto de partida crítico, que ponga en evidencia que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación que reproducen la discriminación de las mujeres.

Tal es el fundamento que atraviesa a la Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y, por tanto, el presupuesto desde el que nacen las obligaciones estatales: el reconocimiento de la discriminación estructural e histórica hacia las mujeres.

Esta discriminación entronca en una cultura reproducida durante siglos desde la que han surgido las normas, las instituciones, así como las relaciones interpersonales y las cosmovisiones que las personas tenemos del orden social.

Es por ello fundamental comprender la extendida hegemonía de un orden desigual para lograr identificar la imperiosa necesidad de su visibilización y deconstrucción.

Lo expuesto ayuda a comprender que tanto las y los operadores judiciales, como las personas que integran los jurados populares hemos sido socializados en un orden de características patriarcales que ha conducido a la naturalización de estas prácticas.

El Estado y sus agentes tienen la responsabilidad de incorporar el enfoque de géneros en todas sus intervenciones, pues es justamente el Estado el sujeto comprometido internacionalmente en el deber de garantizar los derechos de las mujeres, así como la erradicación de toda forma de discriminación.

Es por ello que el deber de capacitación de todos los funcionarios públicos en género y violencia contra las mujeres ha sido recientemente normativizado a nivel nacional mediante la ley 27.499 (Ley Micaela), a la cual la provincia adhirió mediante la ley 9.196, así como esta Suprema Corte de Justicia mediante la Acordada N° 29.318.

Pues bien, el jurado no puede estar exento de esta obligación constitucional, en la medida en que no se puede suponer que per se tendrá una mirada sensible al género. Por esta razón se le debe ofrecer al jurado instrucciones que le permitan identificar indicadores de posibles violencias hacia las mujeres.

2.1.2. Los indicadores de violencia de género que presenta el caso

El caso traído a esta instancia casatoria presenta aspectos que permiten advertir que el juzgamiento de la acusada con un enfoque de géneros es ineludible, en razón de que pudo resultar decisivo para la determinación de su eventual responsabilidad penal.

En este sentido, cabe recordar que la acusación sufrió una variación sustancial: al comienzo del juicio, en oportunidad de leer las instrucciones iniciales al jurado popular, el juez técnico explicó que tanto Tizza como González estaban acusados de haber matado a su hijo por omisión.

Es decir, se los acusó por no cumplir sus deberes de cuidado como progenitores del niño, puesto que no se sabía quién había causado las lesiones fatales.

Sin embargo, a raíz de la declaración que Celeste González prestó durante el debate el representante del Ministerio Público Fiscal modificó la acusación respecto de Tizza, a quien atribuyó haber ocasionado las lesiones que acabaron con la muerte de V. La acusada dijo que, al ingresar al cuarto donde estaba su hijo llorando, vio cómo Tizza lo golpeaba.

De manera que Tizza fue acusado de lesionar y causar la muerte de V., y González de no realizar las acciones necesarias para salvarlo. La revisión de la prueba que se produjo en el debate aporta algunas circunstancias que no pueden ser dejadas de lado, en la medida que se trata de elementos indicadores de que la relación entre González y Tizza estaba atravesada por violencia de género.

Como se sabe, es obligación del Estado advertir indicadores que den cuenta de que una mujer puede ser víctima de violencias representa. Sobre este último punto la CIDH advierte que todavía no se percibe una comprensión de la relación entre las diferentes formas de violencia que pueden ser perpetradas contra las mujeres, ya sea física, psicológica, sexual, económica, simbólica u otra.

Esto resulta en tratos discriminatorios y revictimizantes, en quejas que no son tomadas con la debida consideración, en investigaciones realizadas sin la seriedad adecuada lo cual impacta la recolección y valoración de las pruebas y las calificaciones legales utilizadas, e incluso, en sentencias judiciales atravesadas por profundos sesgos machistas (CIDH, 2019, Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe, OEA). Por ello, incorporar el enfoque de géneros implica justamente atravesar todas las miradas por la desigualdad estructural a la que han estado sometidas las mujeres, particularmente en las relaciones interpersonales.

En cumplimiento de este el mandato convencional debe tenerse presente, en primer lugar, cómo la acusada describió su vínculo con Tizza. En este sentido, explicó que, a poco de conocerse, ella quedó embarazada. Tizza le pidió que abortara y ella decidió continuarlo tras recibir el apoyo de su propia familia. Contó que Tizza aceptó que lo continuara, pero le advirtió «que no jodiera», y señaló que durante el embarazo Tizza no se hizo presente –v. audiencia 05/09/19, IV partecontinuación, min. 02:00 y ss.–.

González también manifestó que Tizza solía insultarla y gritarle cuando discutían, y que hacía lo mismo con el bebé, a quien retaba, gritaba e incluso llegaba a “zamarrearlo” en tal contexto –v. audiencia 03/09/19, II parte, min. 40:00 y ss.–.

En su primera declaración ante uno de los fiscales que instruyó la causa, Ricardo Facundo Garnica, manifestó lo mismo: que Tizza le propinaba malos tratos y la insultaba –v. audiencia 03/09/19, I parte, min. 10:35 y ss.–. Incluso del relato de la acusada surgen otras formas de las violencias que le ejercía Tizza, tales como el control de sus redes sociales y enojos fundados en razón de conversaciones que la acusada mantendría con otras personas –v. audiencia del 03/09/19, II parte, min. 10:00 y ss; y audiencia del 05/09/19, IV parte-continuación, min. 22:00 y ss. y 44:00 y ss.–.

Estas circunstancias permiten advertir que el vínculo que mantenían Tizza y González a raíz del hijo en común estaba mediado por violencias por razones de género. En segundo lugar, la disparidad de poder en el vínculo entre Tizza y González surge de la causa de que se reunieran el día del hecho. Según declaró González, ella prestó a Tizza un teléfono para poder mantenerse comunicados y, por su parte, facilitar las comunicaciones necesarias en relación a V., y Tizza la citó para que le explicara el contenido de mensajes que atribuía a otros varones con los que el sospechaba que ella mantendría relaciones sexoafectivas. Al hablar sobre el tema Tizza –quien, según la declaración de la acusada estaba enojado– dijo que había borrado los mensajes. Luego Celeste González señalaría que, a su juicio, Tizza agredió al niño el día del hecho porque pensaba que no era su hijo –v. audiencia del 05/09/19, IV parte-continuación, min. 02:00 y ss.–. Las escenas de celos a pesar de que ya no mantenían una relación de pareja sino un vínculo en razón del hijo en común que tenían, también debe ser considerada al momento de definir el contexto en el que producen los hechos y evaluar la posterior conducta de González. Un tercer indicador de que la relación entre los acusados podría estar mediada por el género surge de los dichos de González al ser detenida. Según el fiscal que instruía la causa, González declaró en esa oportunidad que ella y Tizza habían mantenido una discusión por ciertos mensajes de texto en un teléfono que ella le prestó; y que al ser ambos detenidos en el calabozo de la Comisaría 20 de Tupungato, Tizza la amenazó y le dijo que si hablaba iba a atacar a su padre y sus hermanos –v. audiencia 03/09/19, I parte, min. 12:35 y ss.–. Asimismo, según los dichos de la acusada, Tizza ya le había realizado una amenaza en similares términos cuando ella lo ve golpeando a su hijo e interviene para poner en resguardo al niño –v. audiencia del 03/09/19, II parte, min. 16:30 y ss.–, oportunidad en la cual él la tomó del cuello.

Si bien en las instrucciones se hace una referencia meramente formal a la cuestión de género, es evidente que estos indicadores no fueron debidamente advertidos al jurado o fueron soslayados. Por ello es importante considerar que las violencias enumeradas en la Convención de Belém do Pará y en la ley 26.485 se presentan de distintos modos, algunos más fácilmente observables –que la tomara del cuello cuando ella advirtiera la violencia hacia V. o que la amenazara con tomar venganza con su familia– o bien otros más naturalizados y por ello menos observables (el control del celular, los celos, el abandono en el embarazo y en la crianza de V.).

Un indicador refiere a circunstancias que pueden permitir inferir la existencia de violencias. Su identificación es lo que permite dejar de invisibilizarlas. 2.1.3. Sobre la falta de la perspectiva de género en las instrucciones al jurado Pese a los claros indicadores de una relación desigual de poder entre Tizza y González, las instrucciones no incluyen valoraciones que permitan garantizar el juzgamiento de la acusada con perspectiva de géneros.

La compulsa de la audiencia en la cual las partes litigaron las instrucciones da cuenta de que, en el modelo de instrucciones elaborado por el juez y facilitado a las partes para que las controlaran y formularan

observaciones, no había ninguna instrucción al respecto. La defensa de González solicitó en al menos tres oportunidades que se incluyera una instrucción sobre perspectiva de géneros, a lo que tanto el representante fiscal como la defensa de Tizza se opusieron.

El juez incluso le solicitó a la defensa de González que aclarara a qué violencia de género se refería –v. audiencia del 06/09/19, «Establecimiento de las instrucciones entre las partes»–. Tras la insistencia de la defensa y la reserva de casación, el juez accedió a incluir una cláusula al respecto. La misma se encuentra en un apartado sobre el modo en que debe valorarse la prueba titulado «Prueba presentada por la defensa» y expresa: «[4] Violencia de Género: deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida» (v. sentencia, fs. 1121). Sin embargo, la violencia de género ejercida sobre la acusada no ha formado parte real del objeto de la investigación. Ahora, si ello es así ¿cómo el jurado podía tener en cuenta los problemas de violencia de género que presenta el caso si nunca le fueron explicitados? ¿cómo podría hacerlo mientras las instrucciones que reciben sugieren su consideración solo respecto de la prueba de la defensa, en lugar de plantearlo como un principio rector que debe atravesar la lectura del conflicto en su integridad –conforme lo dispone el ordenamiento jurídico vigente–? Por otra parte ¿puede el jurado analizar la incidencia de esta situación en la conducta atribuida, si no se lo instruye sobre el modo de realizar tal examen?

La respuesta a estos interrogantes debe ser negativa por las siguientes razones. En primer lugar, para dar cumplimiento al citado mandato legal, constitucional y convencional se debe garantizar que en todo caso que deban juzgarse hechos que involucren a mujeres –ya sea como víctimas o como acusadas– el jurado conozca en lenguaje claro y sencillo las disposiciones legales relevantes. Principalmente, y como estándar mínimo, las que emanan de la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la ley 26.485; como así también los criterios jurisprudenciales que surgen de casos emblemáticos similares al que se estuviere juzgando. Es el jurado mismo quien, con conocimiento de los instrumentos y herramientas jurídicas pertinentes, debe encontrarse en posición de evaluar el caso a la luz de la perspectiva de géneros y determinar si existen circunstancias relevantes para la solución del asunto. La falta de acceso a tal información impide ab initio que en el juicio se incorpore una mirada sensible al género y, en consecuencia, que ello repercuta en la decisión que en definitiva se adopte. En segundo lugar, debe destacarse que ni la investigación del hecho ni la producción de prueba durante el debate tuvieron como objeto analizar la posible existencia de violencia de género por parte de Tizza hacia González Zárate; y si acaso ello influyó en la conducta reprochada a la acusada. Ello a pesar de que –según el Fiscal de Instrucción de Valle de Uco, Ricardo Facundo Garnica– la acusada había puesto en conocimiento del Ministerio Público Fiscal el hecho de que cuando entró a la habitación donde estaba el niño, vio a Tizza golpeándolo en el estómago con el puño cerrado, ella interfirió y en ese instante Tizza la tomó del cuello y luego el pequeño falleció a pesar de los intentos de su madre por darle respiración boca a boca.

La acusada, según el fiscal, explicó en aquella oportunidad que el ataque había sido producto de una discusión con Tizza por ciertos mensajes de texto que ella se enviaba con otro hombre, que Tizza la maltrataba e insultaba, y que luego del suceso Tizza la amenazó en dos oportunidades con atacar a su padre y sus hermanos. Este representante de la acusación pública –llamado como testigo en el debate– declaró que a su juicio no se advertía una situación de violencia de género que ameritase la intervención de la Secretaría de Violencia de Género –v. registro audiovisual día 3/09/2019, I parte debate, min. 2:12 y ss.–

Sin embargo, del relato de la acusada ante el fiscal surge un elemento que pudo haber sido relevante en la resolución del caso. Me refiero a la posibilidad de que el homicidio de V. podría tener las características

de un femicidio vinculado, previsto en el art. 80 inc. 12 del Código penal, que amenaza con prisión perpetua a aquel que mata con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia. No obstante, ninguna línea de investigación se cursó en tal sentido, pese a que de la secuencia de los hechos surge que el motivo por el cual Tizza podría haber propinado la golpiza mortal a V. pudo haber sido para vengar el enojo que le produjeron los mensajes encontrados en el celular de la acusada, conducta que debió ser contextualizada en la situación de violencia de género que -como ya se analizó- atravesaba la relación existente entre ambos.

No afirmo que los hechos hayan ocurrido de esta manera. Solo señalo que la falta de perspectiva de género en el análisis del caso y en las instrucciones le ha impedido al jurado advertir estos matices que pudieron tener una enorme relevancia en la resolución del caso. Por último, corresponde resaltar que la circunstancia de que la relación entre los acusados se encontrase atravesada por violencia de género puede tener importantes consecuencias para la imputación de la omisión a Celeste Yanina González Zárate. De esto me ocuparé en el apartado siguiente.

2.2. Sobre los déficits de las instrucciones respecto a las reglas de imputación en materia de omisión impropia

En anteriores pronunciamientos he señalado que el juicio por jurados es compatible con la garantía del doble conforme únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho.

Ello implica, en punto a las instrucciones que se imparten al jurado, dos requisitos centrales: que deben anticipar los problemas que pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho; y que deben ser claras (conf. «**Petean Pocoví**»).

Ello por cuanto las instrucciones que se imparten al jurado son esenciales para asegurar el debido proceso. Esto ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido que «es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)» y que «los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo)» (conf. **CSJN, «Canales», cons. 19 y 20**).

El rol que cabe al juez técnico en el juicio por jurados está asociado, tal como lo ha sostenido la CSJN, a la dirección y control del proceso. En nuestro sistema procesal de diseño acusatorio el juez es el director del proceso (arts. 3 y 23, Ley 9.106), y las partes se encuentran habilitadas para proponer y discutir en audiencia las instrucciones que se imparten al jurado.

Sin embargo, el hecho de que el sistema de enjuiciamiento sea acusatorio no implica que el juez se vea limitado a elegir pasivamente entre las propuestas de las partes las instrucciones que se impartirán al jurado u homologar aquellas cláusulas sobre las que no haya desacuerdo, puesto que sobre el juez recae el deber de controlar la legalidad del procedimiento, que debe ajustarse a los estándares del debido proceso legal.

De hecho, según la ley local es el juez es quien decide en forma definitiva cuáles son las instrucciones a impartir a los jurados (art. 32, Ley 9.106).

Las instrucciones sobre el homicidio agravado por el vínculo en comisión por omisión no explicaron siquiera mínimamente sus elementos esenciales. La imputación de ese delito requería de reglas mucho más precisas, que debieron ser tenidas en cuenta y que, además, era posible explicar al jurado en lenguaje sencillo y claro.

Como se sabe, el delito de homicidio agravado por el vínculo -delito por el que se condenó a Tizza y a González- constituye un delito de infracción de deber. Esto significa que autor no puede ser cualquier persona, sino solo quien tiene la calidad especial requerida por el tipo. En el caso del delito que constituye el objeto de este proceso, solo puede ser autor el ascendiente de la víctima.

En cuanto a las características de los delitos de infracción de deber hay que decir que lo decisivo en ellos no es el dominio de la ejecución del hecho, sino la infracción de un deber especial extra típico, de tal modo que la agravación del delito se explica por la infracción de este deber positivo.

Pues bien, en la medida en que lo determinante no es el dominio del hecho sino la infracción del deber, es autor del delito tanto aquel que, teniendo la calidad especial requerida por el tipo penal, lleva a cabo personalmente la acción típica (aportes de autor) colabora con el ejecutor (autor pese a que los aportes son de partícipes) o no evita la realización del hecho (omisión).

Dicho con un ejemplo: el padre es autor del homicidio agravado de su hijo de diez años tanto si le dispara con su arma (ejecutor), como si le entrega el arma a un tercero para le dispare (autor pese a que su aporte es de partícipe), como si no evita el suicidio de su hijo (autor mediante omisión).

De esas tres formas de realización del delito de infracción de deber, a Tizza se lo acusó de la modalidad comisiva -matar a su hijo personalmente mediante golpes- y a Celeste González de la modalidad omisiva del delito de homicidio agravado por el vínculo.

Esto significa que a González se le imputó un delito de comisión por omisión, es decir, el no evitar la muerte de su hijo estando en posición de garante. Los delitos de comisión por omisión requieren de ciertas condiciones que el jurado debe conocer para luego analizar si las pruebas producidas en el debate permiten tener por acreditados los extremos necesarios para atribuir a la persona acusada el delito en cuestión.

Ahora ¿qué instrucciones se impartieron al jurado para que pueda cotejar si la madre del niño V. no evitó su muerte, encontrándose en posición de garante? Las instrucciones en punto al delito de homicidio agravado por el vínculo que se impartieron al jurado se encuentran a fs. 1124/1125 y vta. de autos.

En lo que al delito atribuido a Celeste González interesa, las instrucciones contienen explicaciones genéricas. Así, bajo el título «La Comisión por omisión» se señala que a Celeste González se la acusa de «no haber hecho lo que era su deber para evitar el resultado», y se explica que «la ley impone responsabilidad penal a quien tenía la obligación de hacer algo y el no haberlo hecho produce el resultado delictivo» (fs. 1124 vta.).

Luego, en un apartado titulado «Deber de garante» se refiere que ciertas personas tienen la obligación de garantizar auxilios a terceros, y que entre esas personas se encuentran los padres y madres, que deben «alimentar, proteger y cuidar a sus hijos e hijas menores de edad.

Si por incumplir con esa obligación el hijo [la hija] muere, los padres y madres responden penalmente por esa muerte». Y finalmente se explica en qué consiste la intención de matar, tanto mediante acción como omisión.

Al igual que ocurre con las instrucciones referidas en el apartado anterior sobre el juzgamiento con perspectiva de género, las vinculadas a la imputación mediante omisión, que pueden resultar decisivas

para determinar la responsabilidad de Celeste González, contienen solamente generalidades que invisibilizan puntos centrales que deben ser tomados en consideración.

El caso presenta diversos problemas en materia de omisión que debieron ser tenidos en cuenta en las instrucciones al jurado tanto por las partes como por el juez técnico, pues resultan determinantes para establecer o no la responsabilidad de la acusada.

De ningún modo puede validarse una sentencia a prisión perpetua en el que los principales problemas de imputación no han sido tenidos en cuenta por el jurado porque ni las partes ni el juez se lo hicieron conocer.

No es posible transformar al sistema de justicia en un homologador formal de sentencias arbitrarias a las que se llega mediante instrucciones deficientes para resolver los problemas que plantea un caso. El juez o la jueza de un sistema acusatorio no puede ser un escribano que observa las injusticias y luego las avala sin corrección alguna.

En el medio está una mujer condenada a prisión perpetua sin que se haya agotado el análisis de todos los problemas que atraviesan su situación procesal.

Frente a la posible injusticia de una condena tan severa a una persona que puede resultar inocente, la cuestión determinante es establecer los límites de la función judicial en el sistema acusatorio. ¿Qué debe hacer el juez en casos como el que nos ocupa en el que las partes no plantearon los principales problemas de omisión, lo cual ya ex ante podía derivar en una resolución injusta? ¿Está obligado a avalar un procedimiento incompleto o debe formular las instrucciones que le puedan aclarar al jurado los problemas que tiene que resolver? La pena de prisión perpetua que está en juego en estos casos nos obliga a extremar los cuidados.

Es importante subrayar que no debe perderse de vista que estamos viviendo una transición de un sistema mixto, en el que las partes no tenían una participación activa, a un sistema acusatorio en el que las partes lo son prácticamente todo.

En el medio de esta transición están las dificultades para las partes, pero especialmente para la defensa técnica, de adaptarse a un sistema que requiere de ella una intervención mucho más activa y que enfrente tiene un adversario poderoso, con más y mejores armas.

Pues bien, en medio de esta transición el juez o la jueza no puede limitarse a homologar instrucciones que omiten cuestiones fundamentales que pueden derivar en una condena basada en errores judiciales.

En cuanto a los problemas de omisión que plantea el caso y que no fueron correctamente explicados en las instrucciones al jurado se pueden distinguir los siguientes.

Por un lado, el caso presenta problemas en el ámbito del tipo objetivo que no fueron advertidos al jurado en las instrucciones. Por otro lado, en cuanto al tipo subjetivo, no se le hizo conocer al jurado la posibilidad de imputación a título de imprudencia.

Asimismo, en el ámbito de la culpabilidad, no se vinculó la problemática de género que plantea el caso con las causas de exculpación o con las circunstancias extraordinarias de atenuación del art. 80 último párrafo del Código penal. Lo explicamos.

2.2.1. Los déficits de las instrucciones en el ámbito del tipo objetivo del delito de omisión impropia

La imputación del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos que no fueron tenidos en cuenta en las instrucciones dadas al jurado:

1) Situación generadora de deber: situación de peligro para el bien jurídico que se debe proteger que genera la obligación de una acción de salvamento.

2) No realización de la conducta debida: pese a su deber de actuar el obligado no lleva a cabo la conducta debida.

3) Capacidad individual de acción: el omitente tiene que tener poder de hecho para el salvamento y pese a ello no actuar.

4) Posición de garante: el omitente debe estar en estrecha relación con el bien jurídico, sea por su comportamiento anterior, sea por el vínculo especial que lo une a él.

5) Imputación del resultado: para que se le atribuya el resultado al omitente que se encuentra en posición de garante como si lo hubiera causado, es necesario que se demuestre en el juicio que la conducta debida que se omitió habría evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana a la certeza.

Si se comparan los requisitos del tipo objetivo que aquí solo han sido sucintamente expuestos, con las instrucciones que se le dieron al jurado, se advertirá las graves falencias de las mismas. Estos déficits no son meras abstracciones dogmáticas, sino que pudieron tener una incidencia gravitante en la determinación de la responsabilidad de González en caso de haber sido correctamente explicadas al jurado.

Así, en cuanto a los primeros requisitos del tipo omisivo, si bien González advirtió el momento en el que Tizza golpeaba al niño, de modo que se configuró en la situación generadora de deber, no ha quedado claro en las instrucciones cuál era la conducta debida que tenía que llevar a cabo la acusada. Dicho de otro modo, no se ha establecido claramente qué es lo que debía hacer González que finalmente no hizo.

En este sentido, hay circunstancias que ponen en tela de juicio que González haya omitido su deber de actuar. Por un lado, a partir de su declaración -cuya credibilidad fundamentó el cambio en la acusación respecto de Tizza- surge que fue González quien, al entrar en la habitación donde estaba su hijo V. llorando, detuvo el ataque que Tizza le estaba propinando.

Ello incluso a riesgo de ser ella misma lesionada, pues Tizza la tomó del cuello para amenazarla con dañar a sus familiares si acaso hacía público lo que había visto.

Por otro lado, González también habría intentado revivir al niño cuando este se desvaneció tiempo después de cesado el ataque hasta que finalmente lo llevó al hospital -v. declaración de Ricardo Facundo Garnica, audiencia 03/09/19, I parte, min. 06:00 y ss.; declaración de González, audiencia del 03/09/19, II parte, min. 03:16 y ss.-.

No queda claro entonces cuál es la conducta que omitió la acusada. Quizás si se hubiera explicado al jurado cuál era la conducta debida con claridad, éste podría haber llegado a una conclusión diferente. El jurado contaba con pruebas de que González detuvo la golpiza que recibía su hijo, lo asistió brindándole el agua que solicitaba y cambiando su ropa cuando vomitó, intentó revivirlo cuando se desvaneció y lo llevó al hospital, de modo que sólo podría acusársela de haberlo llevado cuando era demasiado tarde.

Las instrucciones al jurado también fueron deficitarias en cuanto a la determinación de la capacidad individual acción o el poder de hecho que tenía la acusada por llevar a cabo un comportamiento salvador distinto al realizado.

La capacidad individual de acción no se da cuando al destinatario de la norma le es imposible físicamente llevar a cabo la acción esperada.

Sin embargo, no es preciso que la incapacidad de acción se dé en términos absolutos y en todos los aspectos, sino que debe ser apreciada en la concreta situación, cuando alguien no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir el mandato.

La incapacidad de acción no se vincula con cuestiones de dolo, justificación ni culpabilidad sino que alude a la posibilidad física de realizar la conducta debida.

Pues bien, la cuestión es si las instrucciones al jurado tuvieron en cuenta si González tenía o no la posibilidad física de llevar a su hijo al hospital antes de lo que lo hizo.

Para ello no puede dejar de valorarse que, según su declaración, no circulaba en un vehículo propio, sino que la había llevado su padre hasta la casa de Tizza -v. audiencia 05/09/19, IV parte-continuación, min. 06:00 y ss.-.

Además, el lugar donde ocurrió el hecho se trata de una zona rural, alejada de centros urbanos y de medios de transporte público en horario nocturno.

A ello se suma que González se encontraba sola, en la casa del agresor de su hijo -quien tenía interés en que no se descubriera el caso-, que estaba amenazada y había sufrido violencia física por parte de Tizza vinculada directamente con la situación del niño, y que se encontraban presentes alrededor de trece personas de su familia -quienes mintieron en el debate para proteger a Tizza, v. alegato de clausura fiscal, audiencia del 06/09/19-. De manera tal que las posibilidades de González de ir antes al hospital se veían seriamente limitadas.

De hecho, fue uno de los tíos de Tizza quien llevó a González y su hijo V. al nosocomio cuando ya había fallecido. Según el relato de la acusada, los familiares de Tizza llamaron a un tío que no se encontraba en el lugar -se desconoce dónde vivía- por lo que, considerando la ruralidad y la hora, la demora era al menos posible. Además, si los presentes llamaron a una persona ajena a la vivienda para trasladar al niño, ello demuestra que no contaban con movilidad propia para socorrerlo.

Por lo demás, en la versión de González, no contradicha en el juicio y valorada por el Ministerio Público Fiscal a los fines de modificar la acusación contra Tizza, se explica suficientemente qué hizo después de los hechos de violencia y mientras esperaba a que llegase al lugar el tío que la llevaría al hospital, puesto que conforme a su relato ella atendió al niño luego de agresión de Tizza -interrumpida, como se dijo, mediante su intervención-, le dió agua, advirtió que vomitaba y lo cambió y limpió; y cuando transcurrido un tiempo el niño se desvaneció, ella intentó revivirlo mediante ejercicios de respiración boca a boca mientras esperaba que los busquen para ir al hospital.

Es decir, le habría proporcionado los únicos cuidados que tenía a disposición en el contexto en que se encontraba.

Además, lo hizo en soledad puesto que no tan sólo se encontraba bajo la amenaza de Tizza sino que, además, no contó con la colaboración de los familiares del agresor del niño.

En suma, las instrucciones no han tenido en cuenta el hecho de que es al menos probable que González haya hecho lo que fue capaz de hacer teniendo en cuenta el contexto en el que trascurrió el suceso lesivo. También la cuestión de género pudo haber incidido en la determinación de la capacidad individual de acción. Por esa razón debieron haber formado parte de las instrucciones al jurado.

En efecto, debió formar parte del análisis la cuestión de si podía exigírsele a la acusada una conducta supererogatoria. No puede afirmarse sin más que la mujer tenía capacidad de llevar a cabo una acción de salvamento si estaba expuesta a soportar la violencia de Tizza.

En otras palabras, el *ultra posse nemo obligatur* (más allá de lo que puede nadie está obligado) debió formar parte de las instrucciones al jurado para que al menos evaluara estas circunstancias.

Exigir una conducta heroica a la acusada implica reproducir un estereotipo de género que establece como expectativa de conducta que la mujer deba «tolerar ciertos menoscabos» para preservar la «paz familiar» y hacer honor al vínculo de comunidad de vida (conf. HOPP, Cecilia M., 2017, «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal», en Di Corleto (coord.) *Género y Justicia penal*, Ed. Didot).

Por esta razón, resultaba relevante que el jurado contara con instrucciones respecto de este punto pues así podría haber evaluado si Celeste González Zárate, quien se encontraba en la casa del agresor de su hijo junto con numerosos familiares de éste, sin medios de movilidad propios y en horas de la noche, tenía no una potencial sino una real capacidad de acción para llevar con mayor premura al niño al hospital. Hasta aquí se ha dejado establecido que el caso presenta problemas evidentes en materia de realización de la conducta debida y de capacidad individual de acción que no fueron mínimamente advertidos al jurado. Por ello no ha quedado despejada fuera de toda duda razonable la imputación de un comportamiento omisivo. Sin embargo, también se observan dificultades en cuanto a la imputación del resultado, esto es, la atribución de la muerte del niño a la omisión de la acusada.

Para que el resultado muerte pueda imputarse a una omisión como si hubiera sido causada por esta última, es necesario que se tenga por cierta en el juicio la hipótesis de que, de haberse llevado a cabo la conducta debida, el resultado no se hubiera producido. Vinculado lo expuesto con el caso de autos: solo puede imputarse a González la muerte de su hijo si pudo probarse con una probabilidad rayana a la certeza que de haber llevado al niño al hospital antes de lo que lo hizo la muerte de V. no se hubiera producido o al menos sus posibilidades de salvamento hubieran aumentado considerablemente. Pues bien, ni las pruebas producidas en el debate ni las instrucciones acercadas al jurado apuntan a determinar si el niño se hubiera salvado en caso de haber llegado antes al hospital. Como puede advertirse, se trata de un déficit de enorme trascendencia, pues constituye la prueba decisiva para la imputación del homicidio como delito consumado y, sin embargo, nada se dice al respecto. La relevancia jurídica de esta dificultad de saber si el niño se hubiera sido salvado en caso de que la omisión atribuida a González no hubiera tenido lugar, debió al menos ser puesta en conocimiento del jurado. Tampoco hay directivas que reflejen que la posibilidad de salvamento debía tener una alta probabilidad de evitación del resultado. En las instrucciones se debió brindar información suficiente para dejar claro que a González se la acusó de no haber actuado correctamente y que, de hacerlo, el resultado no se hubiera producido.

2.2.2. La problemas a nivel de tipo subjetivo

Las instrucciones hacen una muy breve referencia al dolo en tanto intención de la realización típica del hecho, sin que se haga referencia a los medios de prueba con los que se acredita dicha intención. Sin embargo, no se advierte por qué razón no se ha incluido en las instrucciones al jurado la posibilidad de que éste evalúe la existencia de un homicidio imprudente solo respecto a la acusada.

En efecto, como se sabe, parte de la doctrina afirma que en este tipo de casos de «convivencia peligrosa», la responsabilidad por omisión consiste en mantener al hijo común en el ámbito de peligro, puesto que ello implica asumir la contención del riesgo proveniente del otro progenitor.

Esa asunción tendría lugar desde el momento en que padre o madre advierte la existencia de un riesgo «nuevo» proveniente del otro, que se proyecta sobre el hijo, es decir, cuando la convivencia futura se convierte en un «foco de peligro» (conf. **ROBLES PLANAS, Ricardo, 2012, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. El ejemplo de la intervención por omisión”, InDret, p. 16**).

Pues bien, esta posibilidad se lleva mejor con la imputación a título de imprudencia que de dolo, especialmente si este último es definido como la intención de cometer delito. Sin embargo, de esto no fue advertido el jurado a través de las instrucciones respectivas. Es decir, al jurado no se le ofreció esta alternativa que puede tener asidero sobre la base de las pruebas producidas en el juicio.

Por lo demás, incluso la posible imprudencia de la acusada también aparece como lejana. En todo caso, si la imputación por imprudencia resulta difícil de sostener, que queda para la imputación dolosa por la que ha sido condenada la acusada.

2.2.3. La falta de instrucciones sobre cuestiones que pueden excluir o atenuar la culpabilidad en los delitos de omisión impropia.

En el ámbito de la culpabilidad hay dos cuestiones que pudieron tener relevancia en la resolución del caso y no fueron tenidas en cuenta en las instrucciones o solo formaron parte de ella de modo puramente formal.

Me refiero, por un lado, a la posible incidencia de la cuestión de género en la determinación de la exigibilidad de una conducta a la llevada a cabo por la acusada. La carencia de instrucciones precisas sobre juzgamiento con perspectiva de géneros puede tener fuerte impacto en este punto. Las definiciones sobre el rol de garante -relevantes al atribuir un delito de omisión impropia- deben ser contextualizadas: no pueden ignorar que las muertes por violencia intrafamiliar suelen suceder dentro de un ámbito de violencia ejercida por el agresor -en este caso, Tizza, acusado de dar muerte comisivamente al niño- que también incluye a la mujer.

Dicho en otras palabras, no tomar en cuenta la violencia de género implica mantener una expectativa de conducta que la mujer víctima de esa situación no puede cumplir. Los problemas desarrollados en el punto anterior deben ser analizados de manera contextual, puesto que la descontextualización y una concepción estereotipada e ideal de «buena madre» generan creencias que no son esperables en la realidad por parte de mujeres sometidas a violencia (**conf. HOPP, Cecilia M., op. cit., pp. 15-45**).

Por otro lado, la cuestión de la violencia de género y la situación de vulnerabilidad de la acusada debió ser incluida en las instrucciones respecto a la posible aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación que prevé el último párrafo del art. 80 del CP. Es que, según se ha podido advertir de los elementos obrantes en autos, Celeste González es una mujer de una vulnerabilidad extrema, proveniente de una familia humilde, quien fue madre joven pese a las objeciones del padre de su hijo -que le sugirió abortar-, el que no la acompañó durante el embarazo ni estuvo presente en la crianza del niño; en definitiva, una mujer sometida a un contexto de violencia por razones de género por parte de Tizza y a quien, en un ámbito que no era el propio de su casa y su familia, le mataron a su hijo de menos de dos años de edad a los golpes y la condenaron a prisión perpetua por no haber evitado esa muerte. Sin embargo, la instrucción que se impartió al respecto no contenía ninguna referencia que permitiera al jurado vincular esta figura con la situación de González.

Por el contrario, se trató de instrucciones genéricas que aludían al caso de que el homicidio hubiera sido cometido «por piedad, a pedido de la propia víctima, para evitar una prolongada agonía y/o grave sufrimiento» o a «cualquier otra circunstancia extraordinaria que se presente en el caso concreto y que, a juicio del Jurado, racionalmente deba atenuar la pena» -v. fs. 1125 vta./1126.

Pues bien, la instrucción reseñada no da cuenta de los problemas de culpabilidad que presenta el caso, en tanto de considerarse probada la imputación de la muerte a la omisión, debió instruirse al jurado sobre el posible impacto de la violencia de género de la que habría sido víctima la acusada, en la determinación del grado de culpabilidad. En definitiva, la violencia de género puede tener influencia en el ámbito del tipo objetivo, en la determinación de la capacidad individual de acción, o en el ámbito de la culpabilidad, sea mediante su posible exclusión, a través de la teoría de la inexigibilidad, o mediante su atenuación, en el caso de autos, mediante la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación. Ninguna de estas alternativas fue seriamente acercada al jurado por medio de las instrucciones respectivas.

2.3. Conclusiones

Las críticas expuestas no suponen un cuestionamiento a la actuación del jurado popular sino a la actividad judicial respecto de las instrucciones que se le suministraron a aquél. Las mismas no tuvieron en cuenta

los problemas que presenta el caso a nivel de tipicidad objetiva, pues no ha quedado en claro cuál era la conducta debida que la acusada no realizó; no se formularon instrucciones tendientes a acreditar la capacidad individual de acción de la acusada para haber llevado a cabo una conducta distinta a la que realizó; no fue objeto de instrucciones una cuestión clave, como es la determinación de la prueba de la conexión causal entre la omisión y el resultado que permita explicar la imputación del homicidio consumado a la acusada. El jurado tampoco fue instruido para que identifique y valore la violencia de género en el vínculo existente entre Tizza y González, lo que pudo tener incidencia en la imputación de culpabilidad por el delito de omisión impropia que se le atribuye, o en la atenuación de la mismas a través de las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del Código penal. Lo expuesto ha dejado demostrado que no se trata de planteos dogmáticos abstractos, apartados de la solución del caso.

Por el contrario, de haber sido tenidos en cuenta estos planteamientos por las instrucciones, quizás otro hubiera sido el resultado del juicio con el mismo jurado. Pues bien, la sola posibilidad de que la prisión perpetua impuesta a Celeste Yanina González Zárate haya recaído sobre una persona inocente, justifica la nulidad de la sentencia y la realización de un nuevo juicio. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo admitir el recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y anular parcialmente la sentencia N° 747 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, sólo en lo que respecta a la condena de la recurrente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA DIJO:

Puesto a resolver las cuestiones propuestas por las defensas en el caso, coincido con la solución a la que arriba el voto preopinante en relación con el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa de Antonio Sebastián Tizza y la considero extensiva al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Celeste Yanina González Zárate, aunque adelanto que disiento con mi colega de Sala en el voto preopinante en relación con el recurso de casación formulado por la defensa de la acusada.

En cuanto a la disidencia referida en el párrafo precedente, debo formular algunas consideraciones preliminares que considero pertinentes en cuanto a los motivos que me han persuadido a adoptar esa decisión en el sentido invocado.

En primer lugar, estimo que la dinámica propia e inmanente del sistema de enjuiciamiento por jurados populares, presenta matices y connotaciones que revelan notas esencialmente vinculadas al modelo acusatorio-adversarial que adopta nuestra legislación procesal local para los procesos penales.

Es, quizás, el mecanismo judicial en el que más se evidencian las notas que hacen estrictamente al contradictorio, donde cada una de las partes, desde su respectiva posición, elabora su propia teoría del caso e implementa su estrategia a fin de hacer prevalecer sus pretensiones ante el jurado popular.

En esa dialéctica de enfrentamiento en la litigación sobre la marcha y el resultado del proceso, ante el juez técnico los miembros que conforman el jurado aparecen absolutamente marginados de la contienda procesal, pero están sumergidos en una posición de expectativa frente al desarrollo de las diversas técnicas de litigación, discursivas (alegatos) y probatorias (examen y contraexamen de testigos) desarrolladas por las partes.

Ello impone la necesidad más que nunca de que cuando se analicen y se controlen aspectos procedimentales y jurídicos de un juicio por jurados, la mirada analítica no debe prescindir de aquellas cualidades someramente reseñadas, aplicando y proyectando en esa labor revisora metodologías propias

de sistemas de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo/patriarcal, o mixto, fundado en la escrituralidad y el expediente.

Esto que digo, no significa de modo alguno disminuir ni cercenar la tarea de control sobre el normal y regular cumplimiento de las normas legales que contienen aquellos principios que rigen el debido proceso legal, pues es absolutamente cierto que aquellos son consagrados no sólo respecto de los sujetos acusados de la comisión de un hecho delictivo, sino, también, para quienes resulten víctimas de los mismos y, además, para la ciudadanía en general.

En segundo lugar, estimo que lo antedicho también se proyecta a la etapa de impugnación casatoria de un veredicto alcanzado por un jurado popular.

En la lógica adversarial, so pretexto de revisar ampliamente el proceso que concluyó con el pronunciamiento cuestionado, no podemos prescindir de analizar y dar una acabada respuesta a todos y cada uno de los reales y efectivos motivos de impugnación que han sido invocados por aquella parte que se considera agraviada por la decisión adoptada.

Pues precisamente, son sus cuestionamientos los que habilitan y limitan la etapa extraordinaria de revisión, y los que deben contar con una razonada respuesta de parte de quienes tenemos, dentro de esos límites recursivos, la competencia para resolver en el caso concreto. Esa es la inteligencia que, al respecto, prevé el rito penal, al referir que «[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios» (art. 462, párr. 1° del CPP).

En síntesis, la revisión amplia admitida jurisdiccionalmente a partir de Casal, siempre es dentro de los límites fijados por los agravios expresados por el recurrente en función del art. 41 de la ley 9106 y no ad libitum del Tribunal revisor. En tercer lugar, continuando con la línea precedentemente expuesta, debo referirme a cómo debe desempeñar el tribunal de impugnación dentro del ámbito de su competencia de Alzada.

En este punto, y dada su antigua y destacada tradición en materia de juicio por jurados, conviene aquí destacar que la Corte Suprema de Justicia de Canadá sostuvo que «[e]l Tribunal de revisión no debería actuar como “el jurado N° 13” o simplemente darle curso a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia apreciación del registro taquigráfico escrito del debate. Tampoco debería determinar que un veredicto es arbitrario simplemente porque el tribunal de apelación tenga una duda razonable basada en su revisión del registro taquigráfico».

Lo antedicho implica -con la salvedad de que en nuestro sistema local la alusión al registro taquigráfico del debate debe ser entendida en referencia al soporte audiovisual de registración de las audiencias en que se sustancia el juicio, que permite un mejor y más amplio examen, pero resulta enteramente aplicable al caso- que la revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, «debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa del jurado» (ver fallo “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180”).

La «regla de la deferencia»

La «regla de la deferencia», es decir del respeto que merece la decisión del jurado popular, que en el ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce

miembros y veredicto unánime, es común a todos los lugares donde se lleve adelante este sistema de enjuiciamiento, que está consagrado en el art. 24 de la Constitución Nacional.

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

Por estas razones constitucionales, debe regir la regla de la deferencia en los juicios por jurados populares.

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

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

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

En otras palabras «no es el rol del tribunal revisor “rejuzgar” el caso y arribar a “su” propia valoración de los hechos. Esto es, el tribunal revisor debe otorgar el debido respeto a la ventaja de intermediación que tiene el determinador de los hechos.

El estándar también acepta que personas razonables puedan llegar a tener puntos de vista diferentes sobre la misma prueba y todavía ser inmunes a una revisión exitosa. Este es particularmente el caso en donde el veredicto depende de prueba circunstancial e indiciaria.

Diferentes determinadores de los hechos pueden extraer diferentes inferencias de la misma prueba; inferencias que todavía caen dentro del alcance de razonabilidad y que, por lo tanto, son inmunes a una revisión recursiva» (caso “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda, caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado y traducido en Binder, Alberto M y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa).

A diferencia de las sentencias de los jueces técnicos (unipersonales o en colegio) que deben hacer exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen (inc. 2 del art. 411 del CPP) y donde es posible seguir el camino argumental recorrido para adoptar la decisión y ejercer el control, y donde se puede y se debe identificar los defectos en el análisis que llevaron al juez a una conclusión arbitraria, en la revisión del veredicto de un jurado la regla del secreto de la deliberación impide conocer las razones por lo que impone un plus de esfuerzo y es más difícil, porque «[r]equiere que la corte recursiva, sin contar con la ventaja de la expresión de las razones, revise la prueba y, en una medida limitada, revalore la prueba en términos de su razonabilidad. (Caso “Owen”, ob. cit.), lo que a su vez permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la revisión amplia, ya no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino en el análisis directo de la prueba para saber si la solución (veredicto) arribada es posible. Las preocupaciones de los jueces de revisión, sus dudas «no son suficientes para anular el veredicto del jurado por arbitrario».

Siempre que el «[...] veredicto fue aquel en el cual este jurado debidamente instruido, actuando legalmente, podría razonablemente haber rendido» (caso “Biniaris”, “R. vs. Biniaris”, Corte Suprema de Justicia de Canadá, [2000] 1 S.C.R. 381, voto preopinante de la jueza y jurista internacional Louise Arbour, fallo citado y traducido en Binder, Alberto M y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la

jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “b”, 2020).

«El ejercicio de revisión [...] es considerablemente más difícil cuando se le requiere [...] determinar la supuesta arbitrariedad de un veredicto alcanzado por un jurado. Si no hay errores en la imputación, como debe suponerse, no hay forma de determinar la base sobre la que el jurado llegó a su conclusión. Pero esto no exime al tribunal de revisión de la necesidad de articular las bases sobre las cuales considera que la conclusión alcanzada por el jurado fue arbitraria.

No es suficiente que [...] [se] haga referencia a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia evaluación de las pruebas. Mientras que una "duda persistente" puede ser un poderoso detonante de un escrutinio minucioso de la prueba, no es, sin mayor articulación de las bases para dicha duda, una base adecuada sobre la cual interferir con las conclusiones del jurado» (**Caso “Biniaris”, ob. cit.**)

En cambio, para revertir el veredicto, «[...] se debe articular la base sobre la cual se llega a la conclusión de que el veredicto es contrario a las exigencias de una apreciación judicial de la evidencia. En otras palabras, si, después de revisar las pruebas al final de un juicio libre de errores que terminó en condena, el juez [...] se queda con una duda persistente o con un sentimiento de inquietud, esa duda, que en sí es insuficiente para justificar una interferencia con la condena, puede ser una señal útil de que el veredicto no fue alcanzado judicialmente.

En ese caso, la corte [...] debe seguir adelante con su análisis” (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece). Es decir “teniendo en cuenta todas las pruebas, el jurado pudo en forma razonable haberse convencido de acuerdo al estándar probatorio de más allá de duda razonable que el recurrente era culpable de todos los cargos” (Caso “Owen”, ob. cit.). Entonces, sólo «la propia arbitrariedad del veredicto será evidente para el juez revisor entrenado y con formación jurídica cuando, bajo todas las circunstancias de un caso determinado, [cuando] la determinación judicial de los hechos excluye la conclusión alcanzada por el jurado» (**Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece**).

«La apreciación judicial de la prueba se rige por reglas que dictan el contenido obligatorio exigido a las instrucciones que se deben impartir al jurado. Estas reglas se expresan a veces en términos de advertencias y/o de ciertas instrucciones con carácter obligatorio o facultativo, mediante las cuales un juez del juicio transmitirá el resultado de su acumulada experiencia judicial al jurado, que, por definición, es nuevo en este ejercicio» (Caso “Biniaris”, ob. cit.). El juez técnico «no actúa como un "decimotercer jurado", ni está "usurpando la función del jurado" [...] [cuando] [a]l concluir que ningún jurado debidamente instruido y actuando judicialmente podría haber condenado, la corte revisora inevitablemente está concluyendo en que estos jurados que condenaron no deben haber estado actuando judicialmente» (Caso “Biniaris”, ob. cit.).

Conforme lo señalado, la primer pregunta que debemos formularnos es ¿con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado? Debe quedarnos claro que no se trata de la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si es posible dentro de las probables y racionales opciones la habilita la prueba el veredicto.

Si la respuesta es afirmativa, la decisión no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba, aunque no compartamos la decisión; en consecuencia, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba (ver al respecto, mi voto en el **precedente «Petean Pocovi»**).

Ello por cuanto «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por

arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla” (**Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.**).

En este sentido se ha pronunciado la CSJN al destacar que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...] Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (**v. CSJN, «Canales», considerando 19**).

La otra pregunta a formulamos es ¿con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia? Si la respuesta es afirmativa, no puede revocarse la sentencia.

A lo señalado, debo agregar en cuarto lugar que comparto los términos utilizados por Profesor Adolfo Alvarado Velloso en su descripción del método acusatorio de debate, los que considero aplicables para todo tipo de enjuiciamiento por juicio por jurados.

En relación a ello, expresa el destacado doctrinario que como característica del sistema acusatorio en lo penal, el juez es un tercero que, como tal, es imparcial, es decir, que no es parte, y aclara que si el juez no es parte, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes como afirmar, alegar, impugnar, etc., y que no le preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real (**conf. Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, “Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137; ver también los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia “Mopardo Dupoux” y “Flores González”, entre otros**).

Si el juez actuara de otro modo, sería regresar al sistema inquisitivo. Lo que sucede tanto cuando el juez asume una actividad oficiosa siendo juez y acusador a la vez, y por ende, realiza él mismo la búsqueda de la verdad real, llegando a creer que sólo resulta factible encontrarla por medio de la confesión, convirtiéndola de tal modo en la reina de las pruebas, o cuando se encarga el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de su acusación (**conf. autor y obra citada, págs. 84 y 88/89**). Como también sucede cuando lo hace a la inversa, es decir, en aquellos casos en que es el juez quien realiza la actividad oficiosa de juez y defensor a la vez en la búsqueda de satisfacer una vaga inquietud o una duda persistente basada en su personal y subjetiva apreciación de lo ocurrido en el debate, aspirando a descubrir o elaborar argumentos justificatorios (reales o imaginarios) de dudas, cuestionamientos o nulidades, a partir de la introducción de planteos u objeciones ajenas a las pretensiones de las partes.

De acuerdo a todo lo antedicho, podemos concluir en este pasaje en que el carácter total de la revisión no implica per se que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de una sentencia o de un

veredicto de culpabilidad, deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa, porque al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la decisión impugnada le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador. Salvo, claro está, que se detecten evidentes y groseras irregularidades en la realización de actos procesales dentro del marco de debido proceso legal, cuya apreciación determine la necesidad y el interés jurídico en la anulación de la actividad viciada (art. 198, 199 ss y cc del CPP.) y siempre con el debido respeto a la regla de la deferencia. Sentado cuanto precede, vale recapitular aquí que la impugnación casatoria incoada por la defensa de la acusada González Zárate se basa en dos puntos de agravio: la nulidad del veredicto por violación de la regla de unanimidad (a), y el apartamiento de la prueba producida por parte del jurado (b).

a.- En relación con lo primero, entiendo que los agravios formulados por la defensa no pueden tener acogida favorable en esta instancia. El planteo pretende sostener la tesis de que el veredicto es contradictorio pues, si como el dijo el presidente del jurado, «unos estuvieron de acuerdo, y otros no», entonces no se alcanzó la unanimidad requerida por el **art. 33 de la ley 9.106**.

A juicio de la defensa, no se puede afirmar que esta «duda» se haya referido a los cargos menores por los que podían optar, porque ello no obedecería a una interpretación contextual. Argumenta que la gravedad de la acusación implica extremar las garantías -entre ellas, la de unanimidad-, máxime considerando que nuestro sistema jurídico no prevé el sistema de encuestas personales al jurado -Jury Poll-. Apoya su posición en las circunstancias en que se llevó a cabo la deliberación -que terminara a las 3:00 horas de un sábado, luego de extenuantes jornadas de debate- y en jurisprudencia estadounidense que exige asertividad al veredicto. En base a ello, plantea su nulidad. A

hora bien, a mi juicio la crítica no resulta procedente. Para ello, explicaré por qué, de la expresión del presidente del jurado referida por la defensa, no se deriva la falta de unanimidad que el impugnante plantea. La revisión de las constancias de la causa muestra que respecto de las acusaciones de lesiones agravadas por el vínculo respeto de Celeste González y desobediencia a la autoridad sobre Sebastián Tizza el jurado no llegó a unanimidad, y así lo manifestó expresamente: «Sr. Juez: El jurado no llegó a la unanimidad en el Hecho N° 2 respecto de la acusada Celeste González» (fs. 1112), «Sr. Juez: El jurado no llegó a la unanimidad en el Hecho N° 3 respecto del acusado Sebastián Tizza» (fs. 1112). En cambio, en relación a las acusaciones de homicidio agravado por el vínculo respecto de Tizza y González y de lesiones leves agravadas por el vínculo sobre Tizza, se manifestó con claridad declarándolos culpables (v. fs.1108/1110). Las expresiones del presidente del jurado durante la audiencia de lectura del veredicto, donde dijo que «[f]ue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no.», sólo pueden entenderse como demostrativas de las dificultades de la labor deliberativa propia de un cuerpo colegiado, como de la gravedad y complejidad de los hechos sometidos a decisión y la variedad entre veredictos por unanimidad y estancados.

Debe tenerse presente que la deliberación que lleva adelante el jurado puede implicar votaciones sucesivas, como parte del proceso en el que comparan posiciones, valoraciones de pruebas y argumentos. Sin embargo, la votación decisiva es la final, la que se produce con el acuerdo unánime de todos los miembros del jurado o cuando -por no lograr acuerdo- así lo declaran. En el caso que nos ocupa se verificaron ambos supuestos.

Respecto de algunos hechos el jurado alcanzó unanimidad y así lo expresó; mientras que en otros casos hizo saber la falta de acuerdo. Concretamente, respecto del denominado “Hecho N° 1”, el jurado encontró

al acusado Antonio Sebastián Tizza culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo por comisión, haciendo lo propio respecto de la acusada Celeste González Zárate en cuanto al delito de homicidio agravado por el vínculo por omisión. Mientras que, en cuanto al denominado “Hecho N° 2”, encontró culpable al acusado Tizza respecto del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo. Por su parte, el presidente del jurado expresó que no se había alcanzado unanimidad respecto de la acusada González Zárate con relación al “Hecho N° 2”, planteando idéntica solución en cuanto al acusado Tizza en el “Hecho N° 3” en el que se le atribuía el delito de desobediencia a la autoridad. (ver fs. 1108/1112). Respecto a esos últimos delitos, el juez técnico -de conformidad con lo dispuesto por el art. 34 de la ley 9.106- preguntó al acusador si continuaría con el ejercicio de la acusación, la o que el representante fiscal contestó en forma negativa (ver fundamentos, fs. 1130 vta.). Lo decisivo para esta instancia es verificar la corrección procedimental de la deliberación, que en este juicio ha cumplido los requisitos legales. Que el presidente del jurado haya relatado -a título personal- que la decisión fue difícil y que hubo desacuerdos parciales, no debe ser entendido como una expresión jurídicamente orientada. Precisamente la deliberación tiene como presupuesto la diversidad de la composición del jurado y las diversas y plurales posiciones asumidas por cada uno de sus integrantes, de manera tal de posibilitar el intercambio de razones y arribar -o no- a un acuerdo. La tarea de control de este proceso no puede ser fragmentada ni omitida bajo la pretensión de ceñirse a descontextualizadas palabras del presidente del jurado. Por el contrario, su manifestación debe ser comprendida a la luz de lo que expresó luego de destacar la dificultad de la deliberación: «[f]ue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no, pero bueno, llegamos a esto» -v. primera audiencia del día 07/09/19, min. 05:10-. Dejó claro que habían arribado a la solución que luego leyó, la que comprendió el voto unánime del jurado sobre algunos hechos, así como la ausencia de esa cualidad luego de la deliberación efectuada en ciertos hechos. La circunstancia temporal que alega la defensa -que fueran las 3:00 horas de un sábado- y la alusión al cansancio del jurado, no constituyen consideraciones que permitan dudar de la labor deliberativa llevada a cabo. De hecho, la defensa podría haber realizado observaciones al respecto en su oportunidad, lo que no hizo. Pero más allá de esta falta de oposición, lo cierto es que ni el eventual cansancio del jurado, ni la hora en la que deliberaron, son factores que puedan ser considerados per se determinantes de su decisión, ni en beneficio ni en perjuicio de los acusados.

No hay regla lógica, ni de la experiencia práctica alguna, que permita asociar inexorablemente lo uno con lo otro; en todo caso, ese condicionamiento debe ser probado por quien lo alega. De esta manera no puede sostenerse, como lo hace el recurrente, que exista falta de asertividad en el veredicto. Descartada esta premisa, decaen los demás argumentos: no es relevante que nuestro sistema jurídico no prevea el Jury Poll que invoca la defensa, ni expedirse sobre la relación entre garantías procesales y gravedad de las acusaciones.

El veredicto es inequívoco y respeta esencialmente las exigencias de unanimidad establecidas en la ley 9.106. b.-En segundo orden, la defensa de González Zárate afirma que el jurado se apartó notoriamente de la prueba pues en esta causa procedía, al menos, una condena atenuada por circunstancias extraordinarias de atenuación. Solución a la que arriba tras mencionar que existían indicadores de violencia de género que se hicieron evidentes y que, a su criterio, no se tuvieron en cuenta por los miembros del jurado al momento de resolver, manteniendo con ello su propia teoría del caso, la que fue exhibida y mantenida a lo largo del todo el juicio, y presentada expresamente al jurado tanto en los alegatos de apertura como de clausura del debate. Es decir que la defensa encuadra su pretensión en esta instancia en el inc. d) del art. 41 de la ley 9.106: «cuando la sentencia condenatoria [...] se derive de un

veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate». Tal como anticipé, a mi juicio, el planteo resulta improcedente. Veamos. Concretamente, la defensa invoca: i) la declaración de la Lic. Urbani, del ETI, que dijo que Tizza no podía revincularse con el niño, sino sólo con su madre; ii) el testimonio de Macarena González, hermana de la acusada, que dijo que Celeste González se había preocupado por la salud de su hijo luego de verle manchas en su abdomen; iii) el testimonio del padre de la acusada, Segundo González, por cuanto declaró sobre el estado anímico de su hija luego de conocer la noticia del fallecimiento del niño; iv) la declaración del Dr. Fernández, que sostuvo que Celeste González era una madre ideal, y que le había llamado la atención que tuviera los controles médicos de su hijo al día y que consiguiera turnos en el Hospital Notti, a pesar de la barrera instrumental que significara vivir alejada, en el medio rural; y en el mismo sentido las declaraciones de Pinto y Valenzuela; v) el testimonio del Dr. Profili, del CMF, que explicó que la acusada era una persona vulnerable en razón de sus condiciones mentales «medio-bajas»; vi) la declaración de la Lic. Messina, del CMF, que dijo que Celeste González era inmadura, y que ello podía conducir a sumisión, y habló de angustia y llanto en su entrevista; y, vii) la existencia de «varios indicadores de violencia de género» que no fueron tenidos en cuenta. A partir de los elementos de prueba enumerados, la defensa afirma que se ha acreditado que la acusada era una madre diligente con su hijo y que no lo agredió. Explica que la acusación se basa en la omisión de cuidados respecto del niño, pero que todos los testigos declararon que V.G.T. era cuidado por su madre, de modo que no puede endilgársele que omitiera cuidados mínimos. Además, afirma que la violencia de género que sufría Celeste González era tan evidente que el fiscal llegó a imputar el delito de amenazas contra ella a Tizza, quien además la descalificaba e insultaba y le había pedido que abortara al niño. Todo ello, a juicio de la defensa, no ha sido valorado por el jurado.

Entiendo que los motivos de agravio planteados por la defensa no resultan suficientes para motivar una crítica -que en esta instancia se pueda conceder- contra el veredicto del jurado.

Tal como he afirmado al comienzo de este voto, y en los **precedentes «Petean Pocoví» y «Ortega Ragonesi»**, la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis.

Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; entre las más relevantes. En este caso, tal revisión -en los puntos de agravio manifestados por el recurrente- ha sido realizada en el punto (a) de este voto. Sin perjuicio de ello, y aunque en la recurrencia no han sido motivo de agravio las instrucciones, estimo pertinente destacar aquí que el veredicto de culpabilidad alcanzado respecto de la acusada por el delito que se le imputa -homicidio agravado por el vínculo por omisión- no se vislumbra en esta etapa como la resultante de un condicionamiento proveniente de las instrucciones dadas a los integrantes del jurado popular. No se comprueban aquí que existan errores u omisiones esenciales con la capacidad de condicionar la decisión del jurado, de manera tal de inclinarlo o volcarlo hacia la culpabilidad de la imputada. Dicho en otros términos, no se advierten en el caso la presencia de “errores perjudiciales” en las instrucciones, esto es, de errores u omisiones del juez en las instrucciones impartidas a los miembros del jurado popular con la entidad necesaria, esenciales, para condicionar en algún sentido - culpabilidad o no culpabilidad- su decisión; vicio que, de verificarse, tornaría procedente tanto el recurso casatorio como la justificación de la realización de otro juicio. Ello en el entendimiento de que cuando la cantidad y/o calidad de errores sobrepasa lo tolerable dentro del marco de las garantías que hacen al debido proceso legal, se pierde confianza en el resultado

del juicio y, de este modo, es posible considerar que las personas enjuiciadas no han tenido un juicio justo e imparcial, resultando entonces merecedoras de un nuevo juicio. En este sentido, bien vale destacar que difícilmente existen instrucciones perfectas, todas pueden contener errores y/u omisiones de distinta gravedad e intensidad, y precisamente es el tribunal de casación quien debe decidir, finalmente, si el error u omisión del juez en las instrucciones fue sustancial o perjudicial y que condicionó decisivamente el veredicto del jurado, sea éste de culpabilidad o de no culpabilidad.

En esa labor de revisión, en conclusión, cualquier error, defecto, irregularidad o divergencia que no afecte derechos sustanciales debe ser desestimada. La compulsa de las instrucciones especiales impartidas comprueba una especial vocación y empeño del juez técnico en suministrarles a los miembros del jurado las herramientas necesarias respecto del derecho que resultaba aplicable al caso. Así, no solamente les indicó cuáles eran los delitos por los cuales, según el órgano fiscal, se los acusaba a los imputados, sino que, además, en un lenguaje llano, claro, directo, desprovisto de las complejidades propias del léxico jurídico, de extensas argumentaciones y del vicio academicista, les explicó cuáles eran los componentes típicos propios de las figuras penales en juego. De esta manera, les aclaró en qué consistía la acción en el delito de homicidio agravado por el vínculo, así como también, y dada la mecánica y el comportamiento de cada uno de los agentes acusados en el hecho principal investigado, puntualizó su explicación en cuanto a los delitos de omisión por comisión y en el deber de garante (ver fs. 1124 y vta.).

Repárese que el contenido de estas instrucciones definidas finalmente, que surge presente en el modelo escrito elaborado al efecto por el propio juez técnico, y que les fuera facilitado a las partes para su control y formulación de observaciones, en ningún momento recibió reparos del representante fiscal ni de los defensores de los acusados, quienes manifestaron su expresa conformidad con las mismas (ver fundamentos, fs. 1113).

Ni durante la audiencia en que se litigaron las instrucciones, ni en esta fase extraordinaria de impugnación ante nuestro Tribunal, los letrados han alegado la presencia de déficit sobre las instrucciones. Al respecto, cabe mencionar que constituye un requisito legal de procedencia para el recurso de casación contra un veredicto de culpabilidad, cuando específicamente se alega como motivo casatorio el condicionamiento del jurado por las instrucciones impartidas por el juez, que el contenido de las mismas haya sido cuestionado oportunamente por la parte interesada, y efectuado la pertinente reserva de casación en su caso (art. 41, inc. c de la ley 9106).

Objeción que, según surge de la compulsa de las constancias actuadas de la causa, no se ha producido en autos, porque a la falta de cuestionamiento oportuno de las instrucciones le siguió, necesariamente, la inexistencia de protesta previa de casación.

Aquí debo señalar que las partes son escuchadas por el juez técnico en sus propuestas de instrucciones en el marco de una audiencia en la que, precisamente, se debaten cómo se debe explicar la ley, el derecho constitucional y, fundamentalmente, cómo se deben valorar los distintos medios de prueba y tener por probados los hechos alegados (art. 32 de la ley 9106).

A su vez, también corresponde destacar que ninguno de los miembros del jurado se ha visto desprovisto de analizar la conducta atribuida a la acusada con las herramientas y la información necesaria respecto de la posible existencia de violencia de género sobre la misma. Muestra cabal de lo que estoy diciendo es que la teoría del caso elaborada por la defensa se centralizó en demostrar a los miembros del jurado la presencia de indicadores de violencia de género de parte de Tizza contra González Zárate.

En efecto, respetando el orden de los actos procesales que se fueron sucediendo a lo largo de la marcha del proceso, se comprueba con facilidad que desde el momento en que se desarrolló la audiencia de la

selección del jurado (voir dire), alegatos de apertura, examen y contraexamen de los testigos, alegatos de clausura, pasando por las litigación de las instrucciones al jurado, hasta la tramitación de la impugnación casatoria en esta etapa extraordinaria de revisión, incluyendo los argumentos vertidos por esa parte durante la celebración de la audiencia in voce (art. 480 del CPP), la defensa desarrolló su estrategia de litigación haciendo especial referencia a aspectos vinculados a la problemática señalada.

Posición que reiteró –aún escuetamente- en su escrito recursivo. Así, posicionados en el marco de selección de jurados, los letrados defensores de González Zárate iniciaron el interrogatorio a los precandidatos consultándolos acerca de «¿quiénes de ustedes consideran que, en el ámbito familiar, no existe una igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer?» (ver registros audiovisuales, “audiencia 02/09/19”, 00:54:50).

Luego se les preguntó sobre «¿quiénes de ustedes opinan que los hombres y las mujeres son iguales?, reformulando luego la consulta en los siguientes términos ¿quiénes de ustedes opinan que son diferentes?» (00:55:33).

Allí, tras las expresiones de algunos miembros del jurado, uno de los abogados defensores particularizó el intercambio de preguntas y respuestas con candidatos específicos, a quienes, entre otras, le preguntó acerca de la influencia de la desigualdad biológica en los distintos ambientes de la vida de hombres y mujeres. (01:00:30), así como de los roles de cada uno de ellos en el desenvolvimiento familiar (01:10:05). Finalmente, en cuanto aquí importa destacar, tras retornar al interrogatorio genérico, la defensa introdujo el tema de la violencia de género.

Posicionada desde allí, el letrado defensor, entre otros aspectos, consultó «¿quiénes de ustedes creen que, aquellas mujeres que dicen haber sufrido violencia de género, en muchas ocasiones, en realidad, se están haciendo las víctimas?» (01:18:18), luego preguntó «¿quién de ustedes piensa que la violencia de género respecto de las mujeres le produce una afección en sus emociones, o sea, que se ve emocionalmente afectada si sufre violencia de género?» 01:24:40).

Allí, ante la respuesta de una de las precandidatas -la identificada con el número 47-, agregó, «¿consideras que esta mujer que es víctima de violencia de género podría tener la cabeza fría para tomar decisiones?» (01:25:30). En sentido coherente y coincidente, ese aspecto central de la teoría del caso de la defensa de la acusada González Zárate –violencia de género- quedó patentizada con la inclusión en las instrucciones finales dadas al jurado, de una cláusula al respecto.

De la compulsa pertinente se colige que las instrucciones, en el apartado dedicado al modo en que debe valorarse la prueba, en el acápite titulado «Prueba presentada por la defensa», se introduce como instrucción que: «[4] Violencia de Género: deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida» (v. sentencia, fs. 1121).

Ahora bien, ya durante el juicio propiamente dicho, la defensa de la acusada hizo permanente hincapié en la situación de violencia de género que padecía su representada a manos del acusado, exhortando al jurado a través de sus alegatos de apertura, a que tuvieran en cuenta aspectos circunstanciales que, a su criterio, colocaban a la acusada en el rol de víctima del padre de su hijo, que mantenía una relación tóxica y verbalmente violenta con aquél, que la amenazó al momento de ser aprehendidos, entre otras circunstancias (ver registros audiovisuales, “audiencia del 02/09/19”; ver también link oficial del Poder Judicial de la provincia de Mendoza, <https://www.youtube.com/watch?v=sWLQGYsh7C0>, a partir de 01:44:50).

Posición que ratificó en sus alegatos de clausura, cuando lisa y llanamente sostuvo que la estrategia defensiva era demostrar que González Zárate era víctima de violencia de género, enumerando

nuevamente la existencia de indicadores de ello, tales como la vulnerabilidad de su representada, la celotipia y la violencia verbal y económica que ejercía sobre ella el acusado, además de una conducta manipuladora (ver registros audiovisuales, “audiencia del 06/09/19”, ver también link oficial del Poder Judicial de la provincia de Mendoza, <https://www.youtube.com/watch?v=ttdAl7F8nbw>, a partir de 02:12:45).

A lo cual, cabe agregar que también el defensor puso en conocimiento de los miembros del jurado la concepción asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la violencia de género, así como cierto contenido proveniente de los instrumentos internacionales referidos a la cuestión, tales como la Convención de Belém Do Pará (02:23:05) Incluso se encargó de describir en qué consiste el denominado ciclo de la violencia, en el que, según expresó, se atraviesan sucesivas etapas que se trasladan desde la “tensión, a la reconciliación” y, luego, a la “agresión” (02:27:15).

De esta manera, entonces, mal puede predicarse, como lo propone el defensor, que el jurado se apartó de la prueba porque omitió ponderar los indicadores presentados al efecto. En ese sentido, quedó demostrado que no sólo el defensor les suministró a los miembros del jurado popular las herramientas necesarias para apreciar y ponderar el material probatorio en el contexto de los hechos, sino que, además, el propio juez técnico, lo hizo expresamente mediante la referida instrucción especial «deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida» (fs. 1121).

De manera tal que, la alegada omisión del jurado sobre la cual la defensa estructura su queja casatoria, a la luz de la compulsión de las constancias comprobadas de la causa, constituye una mera discrepancia personal del recurrente que, como se vio, no encuentra otro sustento más que en su visión del modo en que, soberanamente, los integrantes del jurado popular desarrollaron la tarea de valoración de la prueba producida durante el juicio. En esta inteligencia debe destacarse que este Tribunal está llamado a realizar un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento y su conclusión -lo que me ocupa ahora-.

Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión. Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate. De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el **art. 41 de la ley 9.106** y el debido proceso (ver al respecto lo señalado en el **precedente «Petean Pocovi»**).

Además, debe tenerse en cuenta, tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, de manera consistente y reiterada, que no existen diferencias en la valoración probatoria según quienes sean las partes o cuales sean las pruebas a valorar, sino que en todos los casos la prueba debe valorarse en contexto. En los casos de vulnerabilidad o asimetrías de poder, siempre deben tenerse en cuenta estas situaciones dentro del contexto.

De esta manera, se asegura el principio de igualdad en la valoración de la prueba con relación a todas las personas. Principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y, con mayor profundidad, en el art. 7 de la Constitución de Mendoza (**conf. «Brancello Urbón», «Cruz Caporiccio»,**

«Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», entre otros, a los que me remito en lo pertinente).

En efecto, he referido que «[e]n materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, Gobierno, Sociedad”)».

Es decir que «[e]ste método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza). Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto.

Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio» (ver al respecto «Zurita Ábrego»).

En el caso bajo examen, más allá de que una de las personas responsables del homicidio investigado y juzgado sea una mujer, lo cierto es que debemos tener en cuenta que la víctima de ese delito es el menor V.S.G.T. De este modo, la valoración de la prueba no puede prescindir, además, del enfoque diferencial de víctima, según la **ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (27.372)**, que aquí tiene un componente que amplifica su condición de tal, dado por el mayor grado de vulnerabilidad que emerge específicamente de su edad: un niño de un año y nueve meses a la fecha de su fallecimiento.

Por lo que se impone se aplique, con relación a él, la debida perspectiva del interés superior del niño, por la edad, debiendo actuarse con la debida diligencia reforzada especial que el caso requiere.

En definitiva, la valoración de la prueba debe responder a este principio de igualdad constitucional que todos los tratados de derechos humanos -con y sin jerarquía constitucional consagran expresamente. Los jueces, en las directivas que imparten al jurado, deben asegurar el principio de igualdad en la valoración probatoria que lo despoje de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura patriarcal inquisitiva, con la xenofobia o con cualquier otra forma de discriminación.

En el juicio por jurado esto implica también que las instrucciones finales deban ser claras, precisas y atinentes a lo que debe deliberar y decidir el jurado, según las teorías del caso de cada parte y la prueba a examinar y valorar, evitando innecesarios academicismos y/o confundir al jurado, de manera tal de suministrarle a sus integrantes las herramientas necesarias para ponderar adecuadamente los diversos

condimentos circunstanciales que rodean contextualmente los hechos sobre los que deben pronunciarse. Dicho esto, y focalizándonos ahora en los concretos motivos de agravio alegados por la defensa, entiendo que la queja incoada resulta improcedente en esta instancia pues se basa en un equívoco probatorio.

El argumento reconstruido antes pretende instalar las premisas «la imputada Celeste González Zárate era una madre diligente» y «que sufría violencia de parte de su entonces pareja», para de ello derivar que «no puede ser condenada por omisión de cuidados respecto de su hijo».

Ahora bien, según entiendo, las premisas debidamente cotejadas y valoradas con los elementos de prueba no permite derivar lógica y necesariamente como única la conclusión a la que arriba la defensa. Aun cuando se admitiera que las pruebas que invoca la recurrente demuestran que la acusada era en general una progenitora responsable -inferencia que no está exenta de objeciones o valoraciones diversas-, ello no resultaría suficiente para conmovir la conclusión de que, el día del hecho por el cual fue acusada, omitió cumplir los deberes y obligaciones de cuidado que le eran exigibles dada su responsabilidad parental, según las disposiciones legales pertinentes (arts. 638, 639 ss y cc, en especial, arts. 646 a 670, todos del CCyCN). En este punto no puede desconocerse que uno de los principios fundamentales que rigen la responsabilidad parental viene determinado por el interés superior del niño, pues precisamente la responsabilidad parental «constituye una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior» (**Herrera, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado», tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015).**

Precisamente, el principio «interés superior del niño» (artículo 3, párrafo primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros» (Herrera, Marisa. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061).

Véase, no se encuentra en tela de juicio -ni resulta competencia de jueces o jurados, conforme al principio de reserva (art. 19, CN)- si Celeste González Zárate era o no una madre competente. Tampoco resultan relevantes, a los efectos de establecer sus deberes como madre, las características del vínculo que mantenía con Tizza -una relación intermitente, con situaciones confusas respecto del cuidado del hijo que tenían en común, en la que se intercambiaban mensajes violentos.-.

Pues de lo que se trata aquí es de analizar la valoración y adjudicación de los hechos que ha realizado el jurado, al haber estado presente durante todo el debate y haber visto y escuchado la prueba a medida que esta se desplegaba según las estrategias de litigación de las partes. Examen en el cual este Tribunal de Impugnación debe necesariamente obrar con especial cautela con el jurado, respetando la regla de la deferencia, sobre todo en la valoración de la prueba testimonial producida, de manera tal de no incurrir en una intromisión y con ello en el vicio de parcializar o descontextualizar la decisión alcanzada en el veredicto impugnado, entendiendo al jurado popular como el adjudicador de los hechos en el juicio y que en ningún momento a esta Sala le está permitido actuar como el jurado 13.

En concreto, a Celeste González Zárate se la acusaba de que, hacia el 15 de abril de 2018 se presentó con su hijo en la casa de Antonio Sebastián Tizza, que allí el niño sufrió golpes severos y que ella omitió realizar los cuidados necesarios para evitar que muriera.

Ello, de acuerdo a lo antedicho, debe insertarse y apreciarse en el contexto en el que tales hechos ocurrieron, pues sólo así es posible analizar y examinar adecuadamente las conclusiones alcanzadas en

orden a la responsabilidad penal que le fuera enrostrada y atribuida a la acusada en los presentes obrados. Labor que, al efectuarla, no puede prescindir de la perspectiva analítica de niño y víctima, conforme los lineamientos anteriormente expuestos.

Según se desprende de las diversas probanzas rendidas en autos, aquel suceso criminoso sucintamente descrito luce precedido de una serie de circunstancias fácticas con decisiva incidencia causal en el suceso mortal que culminó con la vida del menor víctima las que, al integrar la teoría del caso de la acusación, y algunas de la propia defensa, fueron presentadas a los miembros del jurado, conformando la valoración fáctica realizada. En este sentido, surge de los propios dichos de la acusada que al momento de tomar conocimiento de haber quedado embarazada de Tizza, cuando lo puso en conocimiento de esa situación, éste le pidió que abortara y ella decidió continuar con el embarazo (ver registros audiovisuales, “audiencia del 05/09/19, parte IV”, a partir de 00:02:00).

Asimismo, también resulta acreditado que hasta los ocho meses de edad, cuando se inicia el contacto personal entre Tizza y el menor a instancias de González Zárate, éste no presentó ningún tipo de lesiones. Es precisamente en esa etapa de la vida del menor, donde aparecen las primeras lesiones constatadas en el cuerpo del niño, que dieron lugar a la instrucción de los autos N° P-36628/18, imputándoseles ese delito -lesiones leves agravadas por el vínculo- a ambos progenitores, y por el que, a la postre, el jurado popular encontrara culpable al acusado en el debate.

En ese contexto, en el que intervinieron diversos organismos estatales, hubo una orden de prohibición de acercamiento que impedía el contacto de Tizza con el menor que no fue respetada, desde que la propia acusada trasladó a su hijo a la casa que habitaba el acusado, pese a la presencia de nuevos indicadores de violencia de parte del progenitor. Fue así como, en la fecha indicada precedentemente, González Zárate no controló la situación ni la seguridad de la integridad física de su hijo, y Tizza le ocasionó los golpes severos a la víctima que determinaron el desenlace mortal, omitiendo aquélla cumplir con sus deberes propios de su posición de madre para evitar el resultado lesivo. En este orden contextual, nada relevante resultan las pruebas que tiendan a acreditar un determinado concepto de la acusada, pues nuestro sistema penal no se basa en la atribución de responsabilidad por el modo de conducción de la vida -esto sería un «derecho penal de autor», propio de sistemas jurídicos autoritarios-, sino en el llamado público a responder por hechos concretos.

En base a estas consideraciones, entiendo que debe rechazarse el agravio. Sin embargo, tampoco se encuentran libres de objeciones las premisas mismas que aspira instalar la defensa y que se admitieron al solo efecto de analizar el razonamiento que pretendía sostener.

Dicho claramente: de las pruebas enumeradas no se concluye necesaria y únicamente que Celeste González fuera una madre diligente, ni que estuviera sometida a violencia de género por parte de Antonio Sebastián Tizza, con relación a las circunstancias de tiempo y del hecho atribuido; ni que, esta segunda premisa defensiva, haya tenido una efectiva incidencia en la conducta atribuida, tal como lo alega el defensor.

Construcción argumentativa que, como se dijo, constituyó el núcleo central de su teoría del caso, que fue receptado en las instrucciones cuando específicamente el juez explicó al jurado que «deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida» (fs. 1121) y finalmente, reeditado en esta etapa de revisión. La valoración probatoria que lleva a cabo el jurado popular es lo determinante en el caso, y solamente puede ser revocada cuando sea arbitraria o manifiestamente se aparte de la prueba producida en autos -conf. art. 41 inc. d), ley 9.016-. Luego, los testimonios de Macarena González y Segundo González -hermana y padre de la acusada-, de los que la

defensa pretende concluir que en una oportunidad Celeste González se había preocupado por la salud de su hijo y que había mostrado una respuesta emocional ante la noticia de su muerte, constituyen pruebas que el jurado escuchó y pudo valorar y contrastar con otras. En concreto, al jurado se le hizo saber -lo hizo la misma Macarena González- que luego del incidente en el que la acusada había mostrado preocupación por moretones en el abdomen de su hijo, diferentes organismos institucionales dispusieron medidas para desvincularla del niño, que incluyeron el traspaso de su cuidado a Macarena González.

Por otra parte, la declaración de Segundo González sobre el estado anímico de Celeste González al conocer la noticia del fallecimiento fue contrastada con lo señalado por la Dra. Natalia Bravo, que notó ausencia de expresiones en la acusada en esa oportunidad -v. audiencia I del 03/09/19, min. 01:27:40 y ss.-, y con otras pruebas que destacaron la frialdad emocional de la acusada, como la declaración del psiquiatra del CMF, Dr. José Profili -v. audiencia I del 04/09/19, min. 01:02:42 y ss.-. Asimismo, de la declaración de Yamila Urbani (ETI) no surgen elementos que permitan controvertir la conclusión del veredicto, pues aún cuando se asumiera que erróneamente le dijo a Tizza que podía revincularse con González Zárate -por desconocer la prohibición de acercamiento dispuesta en sede penal-, la autorización no era extensiva al niño, circunstancia que la profesional aclaró expresamente -v. audiencia II del 03/09/19, minuto 01:25:50 y ss.-. Por otra parte, el argumento de la defensa según el cual de la declaración del Dr. Fernández surgía que Celeste González era una madre ideal, porque le había llamado la atención que tuviera los controles médicos de su hijo al día y que consiguiera turnos a pesar de sus dificultades, es llanamente sesgado. La compulsión de la audiencia muestra que el médico efectivamente expresó que le sorprendía que estuvieran hechos todos los controles, porque en la periferia es complejo encontrar turnos en Hospital Notti, dado que sistema público está desbordado y más complejo es aún en la parte pediátrica, sumamente concentrada en ese hospital. También le pareció que Celeste González era una madre dedicada en los controles de su niño -v. audiencia III del día 03/09/19, min. 02:00:10- y sostuvo que no imaginaba maltrato «desde la evaluación de la historia clínica, pero que no podía decir cómo sería desde otros puntos de vista. Sólo en el aspecto médico “puede decirse que es una mamá dedicada”. No sabía que estaba bajo supervisión constante» -v. registro audiovisual, min. 02:03:10-. Por último, de las pruebas sobre las condiciones mentales de la acusada y su inmadurez la defensa pretende construir una personalidad sumisa y derivar de ello que Tizza la sometía a violencia de género. Bien, el jurado -que en definitiva es quien se expide sobre las cuestiones de valoración probatoria- ha tenido a la vista también pruebas que afirmaban lo contrario, como la declaración de la Lic. en Psicología María Gabriela Cordera, del EPI de Tupungato, que dejó claro que Celeste González no aludió a violencia de género en su entrevista, que tampoco surgía tal situación de ningún informe o acercamiento y que tampoco los informes del PPMI (Programa Provincial de Maltrato Infantil) referían a violencia de género -v. audiencia II del 03/09/19, minuto 57:00 y ss.-.

Esto impide considerar que el veredicto del jurado fuera arbitrario o que se apartara manifiestamente de la prueba producida en el debate. Para finalizar, y del modo en que lo adelantara al comienzo del presente análisis, también advierto que la defensa no manifestó objeciones contra las instrucciones que fueron impartidas al jurado respecto de la valoración de prueba y de consideraciones de perspectiva de género, ni hizo reserva de acudir en casación.

Como tampoco ha sido un agravio de recurrente. Este aspecto no puede pasar desapercibido en esta instancia, desde que no constituye una cuestión que este tribunal de impugnación pueda ingresar en el tratamiento de algo que no ha sido planteado por la parte interesada, porque no tiene competencia para ello. Asimismo, quedó suficientemente acreditado que fue, a instancias del pedido formulado por el

defensor de la acusada González Zárate, que se incorporó una instrucción especial vinculada a la perspectiva de género en la valoración probatoria, respecto de cuyo contenido la defensa tampoco hizo objeción ni reserva alguna. En conclusión, como advertí up supra, debemos formularnos en primer lugar la siguiente pregunta: ¿con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado? Como entiendo, según lo analizado, que la respuesta es afirmativa, por cuanto no queda excluida la posibilidad de la conclusión arribada, tengo que la decisión del jurado no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba. En consecuencia, desde esta primera respuesta, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba. Ahora bien, aun cuando no ha sido motivo de agravio, la otra pregunta que debemos formulamos es ¿con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia? Como estimo también que la respuesta es afirmativa, entonces, desde esta segunda respuesta, tampoco puede revocarse la sentencia. En definitiva, con todo lo antedicho, estimo suficientemente demostrado que el agravio asentado en un notorio apartamiento de la prueba por parte del jurado no puede ser acogido en esta instancia.

Por las razones expuestas, y en forma concordante con lo manifestado por el señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. Por ello, los recursos planteados por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y Antonio Sebastián Tizza deben ser rechazados en esta instancia, debiendo confirmarse la decisión del jurado popular y la sentencia del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que se llega en el voto que antecede.

No obstante ello, estimo pertinente realizar algunas consideraciones relativas a las herramientas que se deben proporcionar a los miembros del jurado popular a fin de acompañar el proceso de aprendizaje en un contexto de permanentes cambios socioculturales.

En efecto, el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento, de deconstrucción de modelos y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales, en especial, en temas vinculados a cuestiones de género.

Es por ello que frente a este constante cambio de paradigma que experimenta la sociedad, en particular en el ámbito socio cultural -al que se debe prestar especial atención por su necesaria incidencia en la interpretación de los hechos y de las distintas normas que los regulan-, entiendo necesario la incorporación de nuevos modelos de aprendizaje que potencien las habilidades de los miembros del jurado para resolver los posibles casos conflictivos sobre los que deban deliberar, tanto en el aspecto probatorio de los hechos que conforman el objeto procesal, como en su correcto encuadre jurídico.

Es decir, la complejidad de las situaciones sociales al igual que los abordajes jurídicosnormativos requiere de la adopción de nuevas formas del entendimiento, de comprensión. Ello implica generar o adoptar mecanismos o herramientas de impacto cognitivo y en el lenguaje que permita una interpretación íntegra y sencilla de hechos, pautas y normas.

En tal sentido, entiendo que resulta de utilidad la herramienta de design thinking o pensamiento de diseño. Ello en tanto es una metodología utilizada por los diseñadores para resolver problemas complejos que, en vez de centrarse en éstos, se orienta a la acción, propiciando el avance hacia la creación del escenario de futuro preferido. (García de la Serrana, Jorge Irigaray, «Design thinking: qué es,

características y fases», 27/7/20, EAE Business School- Harvard Deusto, en: <https://retos-directivos.eae.es/design-thinking-que-es-caracteristicas-y-fases/>).

Con ello surgió recientemente en Standford el movimiento legal desing thinking.

Él implica la aplicación sistemática de la metodología design thinking al ámbito jurídico. Su principal característica se centra en que el eje se encuentra en el usuario, y en la posibilidad de realizar prototipos acordes a cada usuario (experiencia usuario), lo que permite lograr un sistema legal inclusivo (conf. The Technolawgist, Legal Design: el lavado de cara del derecho, 17/6/2019, en: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/17/legal-design-el-lavado-de-cara-del-derecho/>).

Esta herramienta y metodología es altamente utilizada, a nivel global, también en los ámbitos de educación y capacitación, ya que permite que problemáticas o situaciones y/o documentos complejos puedan ser interpretados, a través del design thinking, en formato de sencillo entendimiento, comprensible y empático.

Ahora bien, partiendo de la premisa que los integrantes del jurado popular carecen de conocimientos teóricos jurídicos, a mi entender, al proceso que se viene instaurando de la utilización de un lenguaje claro y sencillo en el proceso, y en particular, al momento de producirse las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado (ley 9.106, arts. 20, 32, 33 y 34; Manual de información ciudadana sobre juicio por jurado -ver pags. 15, 16 y 17-), es menester -para su mayor comprensión- la implementación de las herramientas metodológicas descriptas, a fin de conformar adecuadamente el conocimiento sobre el cual los integrantes del jurado cimienten un juicio de convicción sobre la responsabilidad de los acusados.

En virtud de las razones expuestas, estimo que en cumplimiento de las obligaciones que nos competen, resulta necesario la constante innovación, capacitación e implementación de las distintas herramientas que posibiliten la adaptación a esta nueva etapa de cambios disruptivos, tanto a los operadores jurídicos profesionales como a los integrantes de un jurado popular. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de inconstitucionalidad planteados por las defensas de Antonio Sebastián Tizza y de Celeste Yanina González Zárate.
- 2.- Rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

6- QUISPE ESPINOZA. 02-03-21. (JJ)

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>

Lex: Art. 80 inc. 6°, 41 bis, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 55 del CP. Ley 9106. Arts. 18, 24 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14, PIDCP; art. 8 inc. 1° de la CADH; art. 25 de la CMZA. art. 1 y 4 del CPP. Arts. 75 inc. 12 y 118 de la CN. art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP. art. 411 inc. 2° del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Concurso real. Arma de fuego. Prisión perpetua. Juicio por jurado. Amenazas agravadas. Concurso predeterminado de dos o más personas.

Summa:

El TPC condenó a L. R. M. R. a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 6, 41 bis, 149 bis primer párrafo, segundo supuesto y 55 del CP); y a D. B. T. a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 6 y 41 bis del CP).

La **defensa de L.R.M.R** interpone recurso, solicita se declare la nulidad del debate, se revoque la sentencia condenatoria y se ordene el sobreseimiento del imputado por el hecho atribuido en autos.

La **defensa de D.B.T.** interpone recurso porque considera que la sentencia condenatoria deriva de un veredicto de culpabilidad del jurado que es arbitrario y se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 841, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocovi. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Di Césare. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=448>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Ibáñez Benavidez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=447>

b- CSJN

- Canales. 02-05-19:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692>
- 249:343.
- 327:5496
- Jordán Antonio Víctor. 30-06-98:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=436590&cache=1691590705546>

- Maizares Jorge Horacio. 02-12-04:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=571677&cache=1691509103605>
- González, Miguel Ángel. 17-09-19:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7549911>
- Casal. 20-09-05:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=5921391>
- Videla Jorge Rafael. 21-08-03.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=5424101>

c -CIDH

- Apitz Barberá vs. Venezuela
- Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, párrs. 69 y 70
- V.R.P., V. P. C. vs. Nicaragua
- Taxquet vs. Bélgica
- “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180

d- Fallos otras provincias

- Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal “Méndez, Héctor David s/homicidio/impugnación extraordinaria” - 30/04/2015.

e- Fallos otros países

- caso “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda,
- caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC.

Doctrina citada.

BINDER, Alberto y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021.

HARFUCH, Andrés, “El veredicto del jurado”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019.

HANS, Valerie P., «¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?», en Hans, Valerie P., Gastil, John, El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995

FERRAJOLI, Luigi, “Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia”, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

GOBERT, James, “Justice: Democracy and the Jury”, Darmouth Publishing, Londres, 1997

BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, Ed. Plaza & Janes, Barcelona, 1985

PALACIOS, Alfredo, “Esteban Echevarría. Albacea del pensamiento de mayo”, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1955

DALLA VÍA, Alberto, «El juicio por jurados ante la reforma judicial», La Ley, Suplemento del 12 de enero de 2021

GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor M., «Ratificación del juicio por jurados y de la no fundamentación del veredicto», LL-2012 B-78

Parágrafos destacados

“..nuestro ordenamiento procesal es claro respecto de que la norma procesal debe aplicarse desde su entrada en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario (art. 4 del CPP). Tal regla también ha sido prevista por la ley 9.106, que dispone su aplicación para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate (art. 49).” Voto Dr. Adaro.

“De manera tal que el juicio por jurados, con sus características y particularidades, constituye un modelo de enjuiciamiento con serias y trascendentales diferencias respecto del modelo de juez profesional al que estamos acostumbrados, y sin embargo, igualmente válido desde el punto de vista jurídico-constitucional. La selección de uno u otro modelo depende de acuerdos políticos sobre el diseño del sistema de justicia, y estribará de las cualidades subjetivas y la colocación institucional que se consideren necesarias en quien tiene a su cargo el rol de definir en el proceso criminal.” Voto Dr. Adaro

“...el tiempo dedicado a la deliberación no implica de modo alguno per se arbitrariedad del veredicto. Ello así por cuanto, en el caso analizado, aquél luce congruente con la prueba rendida en el debate, con una adecuada deliberación y conforme a las instrucciones impartidas, llevando adelante la valoración probatoria conforme al método de la íntima convicción, implicando ello la motivación de las decisiones judiciales aún cuando no se exterioricen sus fundamentos (art. 24 de la ley 9.106)” Voto Dr. Valerio

“El art. 33 de la ley citada, en su cuarto párrafo les impone a los miembros del jurado la obligación de determinar, al valorar la prueba, si el hecho en que se sustenta la acusación se encuentra probado y si el acusado es o no culpable del hecho, todo conforme las instrucciones precisas que imparte el juez y en las que han intervenido las partes (art. 32 de la ley citada). Así, las partes son escuchadas por el juez técnico en sus propuestas de instrucciones en el marco de una audiencia en la que, precisamente, se debaten cómo se debe explicar la ley, el derecho constitucional y, fundamentalmente, cómo se deben valorar los distintos medios de prueba y tener por probados los hechos alegados (art. 32 de la ley 9.106).” Dr. Valerio

“La «regla de la deferencia», es decir del respeto que merece la decisión del jurado popular, que en el ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime, es común a todos los lugares donde se lleve adelante este sistema de enjuiciamiento, que está consagrado en el art. 24 de la Constitución Nacional, tal como en la declaración del art. 4 de la Constitución de Mendoza, donde se reconoce que la soberanía reside esencialmente en el pueblo y que, de ella, emanan todos los poderes. Por estas razones constitucionales, debe regir la regla de la deferencia en los juicios por jurados populares.” Dr. Valerio.

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

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05027606-0/1((018602-165000)) FC/ QUISPE ESPINOZA FRANCO ARIEL, MENDEZ SALINAS JONATHAN, MIYICAY ROBLEDO LAUREANO, MIYICAY ROBLEDO LUCIANO, BUSTO TOBIO DENIS GASTON P/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (16500) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105192973*

En Mendoza, a los dos días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05027606-0/1 caratulada "F. C/ QUISPE ESPINOZA, FRANCO ARIEL; Y OTS. P/ HOMICIDIO CALIFICADO... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de los imputados Laureano Rodrigo Millicay Robledo y Denis Gastón Bustos Tobio interponen recursos de casación contra la sentencia N° 841 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó a Laureano Rodrigo Millicay Robledo a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 6, 41 bis, 149 bis primer párrafo, segundo supuesto y 55 del CP); y a Denis Bustos Tobio a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 6 y 41 bis del CP), hechos investigados en la causa N° P-165.000/17.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a los nombrados a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró a los acusados culpables por el hecho que tuvo como víctima a Joel González según la calificación que a los mismos asignó el Ministerio Público Fiscal, esto es, homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego. En tanto, y en relación al hecho en donde resultó víctima Diego Fernando Peña los miembros del jurado se apartaron parcialmente de la hipótesis fiscal, en tanto emitieron veredicto de no culpabilidad en relación al acusado Denis Bustos Debía, y consideraron culpable al acusado Rodrigo Laureano Millicay Robledo del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego. De esta manera, los hechos que fueron objeto de investigación en los autos N° 165.000/17, son los siguientes. Hecho 1:«[e]n fecha 17 de diciembre de 2017 siendo aproximadamente las 15:00 hs. frente a la manzana J del barrio Soberanía Argentina del departamento de Maipú, provincia de Mendoza, Luciano Millicay en compañía de Rodrigo Laureano Millicay Robledo, Jonathan Mendez Salinas, Denis Gastón Bustos Tobio y Franco Ariel Quispe Espinoza, munidos de armas de fuego, a excepción del último de los

nombrados, apuntaron con dichas armas a Diego Peña, mientras Luciano Millicay dirigiéndose a la víctima sentenció «vos te juntas con el Guay, te voy a cagar matando porque el otro me mató a mi hermano».

Hecho 2:«Inmediatamente después se retiraron del lugar y cuando se encontraban a una distancia aproximada de veinte metros rodearon a Joel González impidiéndole de esa manera que se retirara del lugar, al tiempo que Rodrigo Laureano Millicay Robledo, Jonathan Mendez Salinas, Denis Gastón Bustos Tobio y Franco Ariel Quispe Espinoza le manifestaban a Luciano Millicay «matalo, matalo, el hermano mató a tu hermano». Rodrigo Laureano Millicay Robledo le dio un golpe de puño en el rostro a la víctima, y cuando Joel González intentó huir corriendo, Luciano Millicay le disparó con el arma de fuego por la espalda a una distancia aproximada de cuatro metros, impactando uno de los disparos en la cara posterior del tórax con orificio de salida en la cara anterior del tórax, causándole la muerte por shock hipovolémico, luego de los cual todos los imputados se retiraron del lugar».

La sentencia N° 841, obrante a fs. 1438/1457 y vta., da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado –v. fs. 1438 vta./1440 y vta–, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –v. fs. 1440 vta./1455 vta–, del veredicto unánime –v. fs. 1455 vta./1456– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –v. fs. 1456 vta.

2.- Recurso de casación a favor de Rodrigo Laureano Millicay Robledo

La impugnación de la defensa de Rodrigo Laureano Millicay Robledo se basa en el inciso 2 del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo.

a-Nulidad. Art. 27 y 38 Ley 9106

a- En primer orden, alega la nulidad del juicio por errónea aplicación de los arts. 27 y 28 de la Ley 9.106 de juicio por jurados populares. Ello por cuanto entiende que no se determinó la falsedad en la declaración testimonial de Diego Fernando Peña y Agustín Morales Alaniz, quienes incurrieron en numerosas contradicciones en sus distintas declaraciones testimoniales, contaminado al jurado con elementos externos que afectaron su imparcialidad. Sostiene que la omisión del juez técnico de no extraer compulsas por falso testimonio y de no proceder a la detención de los testigos por la comisión de un delito en flagrancia, permitió la contaminación necesaria del jurado popular por testimonios que lo único que podían lograr era confundir a quienes los oyeran.

De este modo, entiende que el juez a quo no cumplió con su función pública de investigar un hecho delictivo que ante sus propios ojos y sentidos pudo apreciar. Asegura que los hechos que se le atribuyen a su representado tienen sustento probatorio en los referidos testigos, los que tuvieron numerosas contradicciones en sus distintas declaraciones testimoniales, incurriendo claramente en el delito de falso testimonio durante el desarrollo del debate.

En relación al testigo Fernando Peña, refiere que prestó declaración testimonial en la etapa de la instrucción, participó en la reconstrucción del hecho, conforme surge del soporte digital que se mostró al jurado en el debate, participó de un careo y declaró en el debate, dando versiones distintas de los hechos. Precisó en relación al testigo Axel Morales Alaniz que la primera declaración brindada durante la instrucción se contradice con lo declarado en la reconstrucción de los hechos.

A su vez, ambas declaraciones contradicen la versión de los hechos brindada ante el jurado popular, en donde mencionó el nombre, la edad y el apodo de cada uno de los imputados, de manera sorpresiva y sin haberlo dicho antes.

Agrega que ante el contra examen de la defensa, el testigo no supo contestar con cuáles de las versiones de los hechos quedarse, por lo que se generó una cuarta versión.

b. Esgrime como otro vicio de forma

Esgrime como otro vicio de el exceso de facultades otorgadas a los integrantes del juicio por jurados, quienes no limitaron su función a una simple valoración de los hechos y si éstos se estimaban o no probados, sino que en las instrucciones finales se les otorgó la posibilidad de elegir entre diversas figuras jurídicas, lo que significó una subsunción típica que sólo puede desarrollar un juez técnico. Asegura que ello ha generado la irreparable y arbitraria equivocación en el jurado popular, a quien se le otorgó una especie de curso de derecho penal en escasos minutos.

Agrega que en este caso las instrucciones no eran para resolver un único hecho bajo un único tipo penal, sino varios tipos penales entre los cuales el jurado debía elegir. En razón de ello, entiende que la tarea del jurado invadió las potestades propias de un juez técnico y ello ha vulnerado el derecho de defensa en juicio, el debido proceso penal, dejando a doce personas que no son versadas en derecho que califiquen jurídicamente hechos que pueden estimar o no probados conforme el desarrollo del debate. Sostiene que la situación de duda que resulta de la presente causa debe favorecer al acusado.

Por tal motivo solicita se declare la nulidad del debate, se revoque la sentencia condenatoria impuesta a Rodrigo Laureano Millicay y se ordene el sobreseimiento del imputado por el hecho atribuido en autos. Hace reserva del caso federal.

3.-Recurso de casación a favor de Denis Gastón Bustos Tobio

La defensa de Denis Gastón Bustos Tobio funda su impugnación en los dos incisos del art. 474 del CPP, y en el 41 inc. d) de la ley 9106, en tanto considera que la sentencia condenatoria deriva de un veredicto de culpabilidad del jurado que es arbitrario y se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate.

a-Nulidad del debate y la sentencia

a.- En un primer grupo de agravios impetra la nulidad del debate y de la sentencia, por entender que se ha vulnerado el derecho constitucional a ser juzgado por un juez natural. Precisa que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14, PIDCP; art. 8 inc. 1 de la CADH; art. 25 de la CMZA. y art. 1 del CPP).

Explica que el hecho ocurrió el día 17 de diciembre de 2017 y la ley 9.106 fue publicada en el Boletín Oficial el día 19 de octubre de 2018, entrando en vigencia el día 3 de noviembre de 2018, o sea, que al momento del hecho ésta ley no estaba vigente, por lo que correspondía aplicar al caso el juicio común contemplado en el CPP.

Sostiene que si bien casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la ley procesal se puede aplicar retroactivamente, la opinión es diferente cuando se trata de determinar el «juez natural», en donde no rige el mismo principio.

Cita doctrina en donde se destaca la sanción de nulidad absoluta en todo lo relativo a la inobservancia de las normas que regulan lo concerniente al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.

Destaca que quedan abarcados dentro del concepto de comisiones especiales los tribunales creados dentro de la órbita del Poder Judicial, aun cuando fuere por medio de una ley formal del Congreso.

Concluye, de acuerdo a la doctrina que cita, que las leyes sobre competencia no pueden ser aplicadas para determinar o alterar la competencia que los tribunales tienen en el momento de comisión del hecho, ni tampoco pueden ser retroactivas respecto de las causas pendientes.

Agrega que si se considera al juicio por jurados un derecho del imputado, necesariamente se debe regular su integración como una cuestión optativa para el imputado o reconocerle la facultad de poder renunciarla. Que por tal motivo, entiende que corresponde declarar la nulidad del debate y la sentencia, y proceder a efectuar un nuevo juicio con los jueces naturales del caso.

b-Debido proceso y defensa en juicio

b.- La defensa también plantea la nulidad de la sentencia por entender que se ha vulnerado la garantía constitucional del debido proceso legal y de la defensa en juicio, al no estar motivada la sentencia (art. 1 y cc. del CPP).

Recuerda que el imputado goza de un derecho fundamental a una revisión amplia e integral de los hechos, del derecho y de la prueba de la sentencia que lo condena, y que se ha sostenido que el bloque constitucional vigente establece que la sentencia que se dicta en el marco de un juicio por jurados es impugnabile de manera amplia. Entiende que el hecho de que el jurado no motive su decisión no exime a los jueces de la impugnación de verificar la existencia de las mismas razones objetivas que permitirían arribar a una sentencia condenatoria en un juicio con jueces profesionales.

Sin embargo, entiende que la falta de motivación es un obstáculo grave en orden a la impugnación de la sentencia.

Ello por cuanto no se puede conocer el «iter lógico» seguido por el jurado para llegar a la conclusión de culpabilidad.

Alega que está claro que el encartado no se puede defender adecuadamente contra algo inverificable como el veredicto.

Agrega que incluso se le impidió a la defensa un acceso a los apuntes tomados por los distintos miembros del jurado popular, es decir, que –a diferencia de lo que ocurre en un juicio técnico– no se puede conocer el camino lógico que lleva al jurado a tomar la decisión de culpabilidad.

Entiende que el estándar probatorio de la duda razonable queda salvaguardado con la obligación de motivar las decisiones, siendo ésta la única manera de legitimar una decisión jurisdiccional.

Cita doctrina en apoyo de su postura. Reitera que, con jurado o sin jurado, la motivación es una garantía constitucional, una garantía de garantías y por lo tanto imprescindible, por cuanto de nada sirve asegurar el derecho a ser oído ante un tribunal imparcial, si después no se conocen las razones por las cuales fueron desoídas las argumentaciones de la defensa.

Cita al respecto el precedente «Apitz Barberá vs. Venezuela» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en donde se dijo que «la argumentación de un fallo debe demostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas han sido analizadas».

Advierte la defensa que la necesidad de exhaustividad de la motivación para posibilitar la integralidad del control se explica por, al menos, dos peligros.

El primero es la gran dificultad de acceder a la verdad de un hecho histórico que no ha dejado, en el mejor de los casos, más que recuerdos, vestigios o rastros en el presente, y al enorme riesgo de error a que ello conlleva –catastrófico si condujo a una condena–, lo que exige rodear a la motivación de exigencias epistemológicas fuertes.

El segundo peligro es la tendencia a evitar el control del fundamento de la revocación de la presunción de inocencia, que ha opacado el juicio al control racional, y que congloba factores que van desde la imposibilidad jurídica a la imposibilidad fáctica: soberanía del jurado, no expresión de la motivación,

principio de inmediación e impresión intransferible, exclusión de la cuestión de hecho o, simplemente, la perversión del principio de la libre convicción.

c-Capacidad del jurado

c.- Cuestiona también la defensa la capacidad del jurado para analizar complejas operaciones racionales y argumentales sobre la existencia de los hechos, las que habitualmente están vinculadas a operaciones jurídicas relacionadas con la relevancia penal de esos hechos, como ser la imputación objetiva y subjetiva del comportamiento, entre otros elementos, que requieren de conocimientos específicos.

Advierte también que las instrucciones dadas al jurado insumieron dos horas de lectura antes de pasar a deliberar, y en sólo dos horas y quince minutos de deliberación el jurado emitió su veredicto. Precisa que en ese tiempo debieron resolver cuatro causas y la situación procesal de cinco imputados.

Entiende que los integrantes del jurado no pudieron realizar un análisis serio y responsable de las pruebas en relación a cada imputado, ni mucho menos un análisis de las calificaciones jurídicas a aplicar o la participación de cada uno de los imputados en los distintos hechos investigados. Sostiene al respecto que sólo el primer hecho es un homicidio agravado muy complejo para su estudio y análisis.

d- Cuestiones de fondo

d.- Dentro de un segundo grupo de agravios plantea las cuestiones vinculadas con el fondo de la cuestión. En primer lugar, reitera la idea de que la tarea de calificar jurídicamente los hechos que se consideren probados no puede quedar en manos de los miembros del jurado.

Entiende que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha discutido por años y arduamente sobre el delito de homicidio y sus agravantes, siendo el inc. 6 del art. 80 del CP una de las agravantes más complejas a la hora de analizar su acreditación.

Del mismo modo, sostiene que el jurado no se encuentra en condiciones de analizar los distintos grados de participación que pueda tener el autor del hecho.

Asegura que de una adecuada valoración de la prueba rendida durante el juicio no se puede concluir, más allá de toda duda razonable, que Denis Bustos Tobio haya participado del delito previsto en el art. 80 inc. 6 del CP.

Explica que en la teoría del caso sostenida tanto por la Fiscalía como por la querrela no se explica adecuadamente el rol de Denis Bustos Tobio, ya que sólo sostuvieron que Bustos habría «arengado» a Luciano Millicay a que disparara, aspecto que tampoco resultó acreditado.

Al respecto, cuestiona que como no se pudo individualizar quiénes le habrían manifestado a Luciano Millicay: «**matalo, matalo**, que es el hermano del que mató a tu hermano», se utilizó una salida genérica diciendo que todos gritaban al unísono. Sostiene que es muy difícil de acreditar que las voces que fueron escuchadas por el testigo hayan sido dos, tres o más.

Agrega que más allá de la supuesta «arenga», ninguno de los sujetos que rodearon a Luciano Millicay tomó una postura activa para retener a la víctima, someterla para facilitar su muerte, impedir su fuga, o cualquier otra actividad destinada a conseguir el éxito de la empresa delictual.

Expresa que determinar esta circunstancia es de suma importancia, ya que esta figura delictiva agrava el homicidio cuando la intervención activa de todos los sujetos tiende a disminuir las posibilidades de defensa de la víctima.

Agrega que incluso un aporte de carácter moral (aliento para matar) no cuenta como asistencia para matar.

En cuanto a la premeditación como elemento del tipo, entiende que se debe probar objetivamente el acuerdo previo, ya que no basta con la mera presencia o concurrencia ocasional de varios sujetos con una finalidad similar, pero sin mediar un acuerdo anterior.

Por ello, sostiene que si la colaboración que se presta es ocasional e impremeditada, sólo se comete homicidio simple. Cita doctrina en apoyo de su postura.

Refiere que si se analiza objetivamente el hecho se puede apreciar que no es común ni lógico que cinco personas se pongan de acuerdo premeditadamente para matar a un tercero, y que estando cuatro de ellos armados haya sido uno solo el que disparó, no aportando los otros (al menos Bustos) ningún acto o conducta conducente a dar muerte a un tercero. Aclara que, en todo caso, si los hermanos Millicay creían que quien dio muerte a su hermano fue Carlos González, alias «Guay», el acuerdo premeditado sería para matar a éste y no al hermano que encontraron de casualidad el día del hecho.

Afirma que en esta hipótesis, el supuesto acuerdo premeditado no pudo llevarse a cabo y estaríamos ante un homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

Cuestiona que existe una clara contradicción en el criterio utilizado por el jurado al determinar la participación de Bustos en los dos hechos por los que fue primigeniamente imputado (amenazas agravadas por arma de fuego y homicidio agravado).

Precisa al respecto, que en ambos sucesos quedó acreditado que Bustos Tobio no apuntó ni disparó en ningún momento a las víctimas con el arma de fuego que supuestamente portaba.

Sin embargo, los integrantes del jurado resolvieron en forma distinta dos situaciones iguales en orden al accionar de Bustos Tobio, por cuanto en el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego, el jurado consideró por el motivo apuntado que no era autor del hecho, en tanto en el delito de homicidio agravado pronunció un veredicto de culpabilidad.

Recuerda que la versión de los hechos brindada por su representado se encuentra corroborada por las declaraciones testimoniales de su pareja, Natalia Minuet, Lidia Tobio Narvaez –tía del imputado–, y el dueño del camping, Arteaga, donde Bustos declaró que estuvo con su familia el día del hecho.

Sostiene que conforme surge de la prueba rendida durante el plenario no se superó el estándar probatorio más allá de toda duda razonable con relación a Denis Bustos Tobio, toda vez que si se parte de un proceso inductivo, la prueba de descargo fue suficiente para generar justificadamente dudas sobre su participación en el hecho.

Por ello, entiende que el jurado al momento de discutir el veredicto se apartó de las directivas impartidas por el juez técnico, lo que vuelve imprescindible la necesidad de revisar la sentencia que se impugna, máxime considerando que estamos ante uno de los hechos que reviste mayor gravedad en nuestro Código Penal.

Esgrime que otro motivo de agravio surge de la instrucción general por la que se explica al jurado el significado de la expresión «duda razonable».

Asimismo, entiende que no se instruyó adecuadamente al jurado sobre el contenido del «estándar probatorio» y cómo se debe arribar al mismo, o cuáles son las reglas lógicas básicas que se deben seguir para alcanzarlo.

También se agravia de las instrucciones generales que brindó el magistrado en relación a la «intención de dar muerte», ya que no se efectuaron precisiones para diferenciar el dolo en el homicidio y el dolo que también existe a nivel de tipicidad, en un caso de amenazas.

Del mismo modo, alega que afecta a su asistido el condicionamiento que surge a partir del orden de las instrucciones particulares, toda vez que se ubicó en primer lugar la hipótesis del homicidio agravado. Por

otra parte, entiende que el jurado se apartó abiertamente de las instrucciones dadas por el juez del tribunal acerca de la presunción de inocencia, de quién tenía la carga de la prueba, del concepto de duda razonable, de los extremos que debían tener por establecidos para dar por cierta la hipótesis de la acusación, y también se apartó palmariamente de la prueba producida para arribar a un veredicto condenatorio, cuando lo vertido en el debate impedía que se tuviera una conclusión como la que se impugna.

En relación a las pruebas producidas durante el debate, sostiene que resulta relevante la declaración testimonial de Gianella Lucía Reynoso, quien manifestó que luego de escuchar los disparos de arma de fuego vio gente correr y que doblaron hacia la izquierda, lo que –a criterio de la defensa– pone en duda la declaración del testigo Diego Peña, quien refirió que los responsables del homicidio emprendieron su huida hacia la derecha.

Sobre la declaración de David Videla Pizarro, expresa que coincide con lo manifestado por Axel Morales, en el sentido que no vieron a la víctima Joel González dirigirse a la esquina, lo que pone en duda la versión de los hechos brindada por el testigo Peña Oviedo, siendo el único testigo que dice haber visto a Joel González en la esquina y no en la vereda de la casa de Morales.

Agrega que de la declaración de Diego Fernando Peña Oviedo surgen varias contradicciones frente a lo declarado en la instrucción, como así también en la reconstrucción del hecho.

De la misma manera, se refiere a la declaración de Axel Morales, que coincide con la de los familiares de la víctima, quienes refirieron que lo del «Catita», haciendo referencia a Bustos Tobio, les extrañó ya que siempre los saludaba bien. Afirma que con las testimoniales queda claro que Joel González se encontraba frente a la casa de Axel Morales al momento del hecho y que desde donde se encontraba Diego Peña era imposible ver algo, ya que Morales vive a tres casas de la esquina donde supuestamente sucedió el hecho según su declaración.

Refirió que si a las testimoniales le sumamos la prueba objetiva (no se encontraron vainas en donde Peña dice que Millicay le disparó a Joel González), queda desacreditada la declaración del testigo Peña Oviedo. En virtud de lo expuesto, solicita se case la sentencia y se disponga la absolucón de su asistido en orden al delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego.

Formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que los recursos impetrados por las defensas de los imputados Rodrigo Laureano Millicay y Denis Bustos Tobio proceden desde el punto de vista formal, pero deben ser rechazados en lo sustancial.

En primer lugar, advierte que se ha dado acabo cumplimiento al procedimiento dispuesto en la ley 9.106 que regula el juicio por jurado, de acuerdo al art. 24 de la CN. Entiende que en lo particular, se aplicó debidamente el art. 33 de la citada ley, plasmando las instrucciones dadas al jurado en forma verbal y escrita, dejando constancia de que las partes manifestaron su expresa conformidad con las mismas.

En relación a la queja presentada por la defensa de Millicay Robledo, sostiene que la conclusión a la que arribó el jurado, no surge como arbitraria a la luz del plexo probatorio exhibido y analizado.

Agrega que los integrantes del jurado fueron especialmente instruidos en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba y, especialmente, sobre cómo debían valorar la prueba testimonial.

En cuanto a las instrucciones impartidas al jurado, advierte que las partes dieron expresa conformidad a su contenido, por lo que no se puede alegar en esta instancia un exceso en las facultades del jurado.

En cuanto a los agravios presentados por la defensa de Bustos Tobio vinculados a la vulneración de la garantía del juez natural y la exigencia de motivación de toda sentencia condenatoria, remite al precedente **«Canales» de la CSJN**, en donde se dijo que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes.

En relación a la exigencia de motivación destaca, también, lo dicho en el citado precedente, en donde se sostuvo que «[...] la exigencia de la motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares [...].

Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez imparcial».

En virtud de ello, considera que en la presente causa no se ha conculcado de ninguna manera ni la garantía constitucional del juez natural, ni la exigencia de motivación de las sentencias.

En relación a los cuestionamientos vinculados a las instrucciones que se les brindó a los miembros del jurado, entiende que también carecen de asidero.

Así, en relación al concepto de duda razonable, señala que tal principio fue explicado claramente al jurado, ya que se acentuó que cuando exista una duda razonable sobre la existencia del hecho o sobre la culpabilidad de la persona acusada, se le debía declarar no culpable.

Además, refiere que se explicó que esta duda surge, entre otros aspectos, de una serena e imparcial consideración de toda la prueba que se produjo durante el juicio.

De la misma manera, en relación al concepto de la «intención de matar a otro», advierte que se usaron términos claros y sencillos, y se explicó que por «intención» se entiende la decisión voluntaria de matar a otra persona de manera directa. Estima que por la claridad de las instrucciones, sumado a que las partes prestaron su expresa conformidad con su diseño, corresponde desestimar este agravio.

Finalmente, y en relación al resto de los cuestionamientos, se advierte que se pretende una nueva valoración del plexo probatorio, especialmente de la declaración del encartado y los testigos que apoyan su versión defensiva. Por ello, estima que el agravio debe ser desestimado, ya que constituye una discrepancia con el resultado adverso para su asistido, pero que de ninguna manera denota arbitrariedad en el veredicto.

5.- Solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que, en base a los motivos que expondré a continuación, a mi entender corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Rodrigo Laureano Millicay Robledo y Denis Gastón Bustos Tobio y confirmar los veredictos de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. A efectos de exponer de manera clara las razones que me conducen a esta solución y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de las cuestiones que plantean las defensas, ordenaré el voto del modo que sigue.

En primer lugar (a), analizaré los agravios comunes a ambos recursos, en donde las defensas cuestionan la capacidad de los integrantes del juicio por jurado para calificar jurídicamente los hechos, y el breve tiempo en el que debieron instruirse sobre conceptos del derecho, deliberar y emitir su veredicto. En segundo orden (b), me ocuparé de analizar el recurso planteado por la defensa de Millicay Robledo, donde se cuestiona la omisión del juez técnico de extracción de compulsas por falso testimonio a los testigos Axel

Morales y Diego Peña, en tanto entiende la defensa que las contradicciones en que incurrieron los testigos habrían contaminado el juicio del jurado.

En tercer orden (c), abordaré los agravios presentados por la defensa de Bustos Tobio. Por cuestiones de orden lógico, me ocuparé en un primer momento (c.i) de los agravios vinculados a los vicios en el procedimiento seguido para juzgar al acusado: los relativos a la aplicación retroactiva de la ley 9.106 y, con ello, la vulneración del principio del juez natural, y a la vulneración de la garantía del doble conforme por falta de motivación del veredicto (c.ii). En segundo lugar, analizaré los **agravios relativos a la sentencia como acto jurídico válido**, tanto en sus aspectos formales o externos (c.iii), como en sus aspectos internos o de razonabilidad intrínseca (c.iv).

a. Acerca de la capacidad de los miembros del jurado para calificar hechos complejos

Coinciden las defensas en cuestionar la idoneidad o capacidad de los miembros del jurado para calificar jurídicamente hechos complejos como los investigados en autos.

A ello agregan el poco tiempo en el cual tuvieron que instruirse sobre las distintas figuras jurídicas y demás conceptos generales del derecho. Señalan el mismo déficit en relación a la deliberación para determinar la responsabilidad de los imputados en los distintos hechos sobre los cuales debieron deliberar.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden tener acogida favorable en esta instancia. Al respecto, debe referirse que en el precedente «Petean Pocovi» señalé que «[...] no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito». Esto permite contestar, por otra parte, la crítica al jurado popular desde el punto de vista de la falta de profesionalización de sus miembros.

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

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

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

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

En suma, los jueces profesionales tienen la ventaja de la experiencia legal, mientras que los jurados legos traen una diversidad de perspectivas y un fuerte arraigo a las normas comunitarias a la tarea de determinar los hechos del caso (**HANS, Valerie P., «¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?», en Hans, Valerie P., Gastil, John, El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 25-27**).

Tampoco puede ser de recibo el segundo aspecto cuestionado por el recurrente.

Ello por cuanto –según advierto– las críticas se fundamentan sólo en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno. No existe un nexo lógico mínimamente racional entre el tiempo que demanda la lectura de las instrucciones y el tiempo que emplea el jurado para debatir, cuestión que por definición no responde a criterios objetivos y mensurables, sino que depende de una actividad dialógica que varía caso a caso, y que debe satisfacer un requisito procedimental de unanimidad.

Por otro lado, debe tenerse presente que el jurado representa una forma de democratización de la justicia. Precisamente en la heterogénea composición del jurado, en el modo aleatorio de su selección y constitución, y en su carácter «no profesional» radica su valor epistemológico como constructor de consenso.

Plantear objeciones a su desempeño implica la introducción de una grave acusación, que no puede fundarse solamente en meras suposiciones o especulaciones («Petean Pocovi»).

Por estos motivos, entiendo que las críticas dirigidas a la labor del jurado, como institución, no pueden tener acogida favorable en esta instancia.

b-Extracción de compulsas por falso testimonio

b. La defensa de Millicay Robledo se agravia por entender que el juez técnico desestimó sin motivación alguna, el pedido de extracción de compulsas por falso testimonio en relación al testigo Axel Morales Alaníz, circunstancia que –a criterio del censurante– habría contaminado el juicio de los miembros del jurado. Ello por cuanto la condena de su asistido tuvo sustento en las declaraciones testimoniales de Axel Morales Alaníz. Entiendo que corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido, por cuanto el juez técnico brindó suficientes motivos para desestimar el pedido de extracción de compulsas por falso testimonio en relación al testigo Morales Alaníz.

Así el a quo resolvió que «se esté a la etapa procesal oportuna».

Al respecto explicó que este tipo de requerimientos en un juicio por jurados deben formularse previo incorporar y valorar la totalidad de la prueba, es decir, en la etapa de los alegatos.

A su vez, el juez advirtió a los defensores –acertadamente a mi criterio– que este tipo de planteos, que sólo deben ser resueltos por un juez técnico, no deben realizarse en presencia del jurado, ya que pueden contaminar el criterio de sus integrantes.

Del mismo modo, explicó al jurado que los distintos cuestionamientos al testigo Morales y pedidos de compulsas por falso testimonio por parte de los defensores, sólo lo debían tener en cuenta al momento de deliberar y en función de la totalidad de la prueba producida en el debate.

Explicó que el planteo de la defensa estaba relacionado con una cuestión de credibilidad del testigo, lo cual es estrictamente una cuestión de hecho, y que debe ser materia de decisión del jurado.

Agregó que no advertía la existencia de la comisión de un delito en flagrancia, en tanto el testigo Morales Alaníz brindó una explicación sobre cada uno de los puntos cuestionados por los defensores, aclarando o rectificando sus dichos, cuya credibilidad debía ser objeto de deliberación por parte del jurado (ver registros audiovisuales del día 23/10/19, X parte, a partir del minuto 2:50).

No obstante ello, cabe señalar que la defensa no desarrolla adecuadamente cuáles serían las contradicciones en las que habría incurrido el testigo Morales y las razones por las cuales no resultaron creíbles las explicaciones brindadas por éste durante el desarrollo del debate.

Así tampoco explica suficientemente en qué medida estas supuestas contradicciones impactarían en la determinación de la responsabilidad atribuida a su defendido Rodrigo Laureano Millicay.

No obstante ello, cabe señalar que el testigo Morales sostuvo, en lo nuclear, las mismas circunstancias del hecho en las distintas oportunidades en que prestó declaración testimonial.

Por otro lado, brindó –a mi entender– adecuadas explicaciones de las contradicciones en las que incurrió en las distintas declaraciones.

Así, en lo referente a la identificación de los sujetos que se encontraban en la esquina de su casa, aclaró que al principio no los sindicó porque sintió miedo, incluso en la reconstrucción del hecho se sintió intimidado por la cantidad de gente en el lugar, como así también, por parte de la familia Millicay, de quienes recibió amenazas (ver registros audiovisuales del día 23/10/19, VIII parte, a partir del minuto 5:41).

Las mismas consideraciones son extensibles a las críticas dirigidas a los distintos testimonios brindados por Diego Fernando Peña a lo largo del proceso, en donde el censurante no precisó ninguna de las contradicciones en las que habría incurrido el testigo.

Cabe recordar que Diego Peña declaró en cuatro oportunidades: en la investigación penal preparatoria, en el careo que realizó con el testigo Gerardo Sosa, con quien se encontraba al momento de ser amenazado por los imputados, en oportunidad de realizar la reconstrucción de los hechos y en la audiencia de debate.

En todas estas oportunidades su relato se mantuvo incólume en las circunstancias relevantes de los hechos los que, en definitiva, conformaron la hipótesis acusatoria.

Las imprecisiones o contradicciones del testigo, tales como con qué mano Rodrigo Laureano Millicay le propinó el golpe de puño a la víctima, previo a que Luciano Millicay le efectuara el disparo de arma de fuego, o las críticas de la defensa dirigida a cuestionar si pudo realmente el testigo escuchar lo que todos los imputados le manifestaron a Luciano Millicay, fueron adecuadamente dilucidadas por Peña durante la audiencia de debate (ver registro audiovisual del día 24/10/19, II parte, a partir del minuto 2:10).

Por otra parte, resulta relevante referir que, en oportunidad de realizarse el careo, donde participaron los testigos Diego Peña y Gerardo Sosa, éste reconoció que los hechos acontecieron conforme lo relató Peña desde el inicio de la investigación.

La importancia de esta medida probatoria radica en que el testigo Sosa pudo observar la misma secuencia de los hechos que el primero, por encontrarse junto a Peña en el momento de ser amenazado (ver registros audiovisuales del día 25/10/19, II parte, minuto 10:34).

Por las razones expuestas entiendo que corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada en relación al imputado Rodrigo Laureano Millicay Robledo.

c.i. Irretroactividad de la ley. Juez natural.

Por su parte, la defensa de Bustos Tobio cuestiona, en primer orden, que se aplicó la ley 9.106 a un hecho anterior a su entrada en vigencia, lo que implica una vulneración de la regla de irretroactividad de la ley penal y el principio del juez natural.

Agrega que no se le ha brindado al acusado la posibilidad de optar entre un juicio con jueces profesionales y el juicio por jurados.

Entiendo que el agravio no puede tener acogida favorable en esta instancia.

Ello por cuanto nuestro ordenamiento procesal es claro respecto de que la norma procesal debe aplicarse desde su entrada en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario (art. 4 del CPP).

Tal regla también ha sido prevista por la ley 9.106, que dispone su aplicación para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate (art. 49).

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para descartar el motivo de agravio invocado.

Aun así, resulta apropiado señalar que el criterio referido, además de reconocer origen normativo, ha sido reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal, por la Corte Federal concretamente en relación al juicio por jurados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, esta Sala ha sostenido que la operatividad de las normas procesales resulta ser inmediata, salvo disposición en contrario (conf. «**Di Césaré**»), mientras que la CSJN ha señalado, en el **precedente «Canales»**, que «las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía.

En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos» (conf. Fallos 342:697 y 249:343; 321:1865; que cita «Canales»).

Esta inteligencia responde a que «la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia» (conf. Fallos 327:5496, que cita «Canales»).

Sobre la cuestión, también la Corte IDH ha sido clara respecto a que «la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito.

Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad. [...]

En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal» (**v. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, párrs. 69 y 70**).

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el agravio defensivo.

c.ii. Sobre la falta de motivación del veredicto y la garantía del doble conforme

La defensa cuestiona que la falta de motivación del veredicto emitido por los integrantes del jurado, constituye un obstáculo grave en orden a la revisión de la sentencia condenatoria de su asistido.

Ello por cuanto no se puede saber cuáles fueron los elementos probatorios analizados por los integrantes del jurado, es decir, no se puede conocer el iter lógico seguido por el jurado para llegar a la conclusión de culpabilidad.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Al respecto, en el precedente **«Petean Pocoví»** analicé la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares en función de las garantías del debido proceso. Señalé en tal oportunidad que el juicio por jurados populares constituye una forma de enjuiciamiento distinta de la que supone el juzgamiento por parte de jueces profesionales, pero aun así, igualmente válida.

La Constitución Nacional, en su redacción originaria del año 1853, se refirió al juicio por jurados en tres disposiciones que hoy se encuentran previstas en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118.

Allí se estableció una obligación específica, dirigida al Poder Legislativo, de promover el establecimiento del juicio por jurados y dictar las leyes generales que fueran necesarias para ello.

También se dispuso que «todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución» (art. 118, primera parte).

De manera tal que el juicio por jurados, con sus características y particularidades, constituye un modelo de enjuiciamiento con serias y trascendentales diferencias respecto del modelo de juez profesional al que estamos acostumbrados, y sin embargo, igualmente válido desde el punto de vista jurídico-constitucional. La selección de uno u otro modelo depende de acuerdos políticos sobre el diseño del sistema de justicia, y estribará de las cualidades subjetivas y la colocación institucional que se consideren necesarias en quien tiene a su cargo el rol de definir en el proceso criminal.

Al respecto, Ferrajoli sostiene que «[l]a elección del modelo de juez, de sus requisitos personales, las modalidades de selección y reclutamiento, su posición constitucional, los criterios de determinación de sus competencias y las formas de control de su actividad- está ligada al modelo de juicio por el que se haya optado y, por ello, a la fuente de legitimación asignada con carácter general a la jurisdicción.

Este nexo entre personas y ritos, entre ordenamiento judicial y método procesal, ha estado siempre presente en la doctrina procesalista clásica. [...] La alternativa entre juecesmagistrados y jueces-ciudadanos ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial» (**FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995,p. 575**).

A mi entender, la institución del juicio por jurados para la resolución, en la provincia de Mendoza, de los delitos previstos por el art. 80 del C.P. obedece a un acuerdo político sustancial que pretende dotar de legitimidad las decisiones jurisdiccionales sobre este grupo de casos particularmente complejos.

Ello responde a una necesidad de aproximar la justicia a la comunidad y de democratizar el proceso de toma de decisiones.

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

Del mismo modo en que la Constitución Nacional prevé la realización de juicios por jurados en casos criminales, también reconoce una serie de derechos y garantías vinculados al proceso penal e incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos que estipulan una particular manera de llevar adelante el enjuiciamiento de ciudadanos en nuestro país. Esto significa que el juicio debe ser el resultado de un debido proceso, que ha sido definido sintéticamente por la Corte Federal como la exigencia de «observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia» (**CSJN, «González, Miguel Ángel», Fallos 342:1501 y sus citas, entre otros**).

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

De este modo, el debido proceso importa el establecimiento de límites concretos y claros a la facultad de determinar el modo en que se llevan adelante los procesos criminales que suponen la administración pública de penas.

Entendí en aquella oportunidad que el modelo previsto por la ley 9.106 no conculca el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria. Ello en tanto el juicio por jurados populares recientemente instaurado en nuestra provincia prevé mecanismos procesales para asegurar que el debido proceso sea respetado en plenitud.

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

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

Concretamente sobre el modo en que satisface los requisitos convencionales de motivación la sentencia que se funda en parte en un veredicto del jurado popular, la Corte IDH ha expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación.

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

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

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

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

Esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme. Así lo sostuvieron la CSJN y la Corte IDH en los fallos «**Canales**» y «**V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua**». De este modo, el material revisable en segunda instancia no se limita al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores.

Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular. Finalmente, también el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el art. 14 de la ley 9.106.

Dicho en términos claros, no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito.

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

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

Por estas razones, tampoco este agravio resulta procedente.

c.iii. En relación con las instrucciones brindadas al jurado, la defensa cuestiona la instrucción general en la que se explicó al jurado el significado de «duda razonable» y «estándar probatorio».

Dentro de las instrucciones particulares se agravia del concepto dado en relación con la «intención de dar muerte», por cuanto entiende que no se efectuaron precisiones para diferenciar el dolo en el homicidio, y el dolo que también existe a nivel de tipicidad en un caso de amenazas. Del mismo modo, entiende que el orden de las instrucciones particulares, donde se ubica en primer lugar el delito contemplado en el art. 80 inc.6 del CP, condicionó a los integrantes del jurado.

Estas críticas no pueden ser acogidas en esta instancia. Resulta decisivo, para arribar a esta solución, considerar que luego de clausurado el debate el juez convocó a las partes a efectos de confeccionar y proponer modificaciones a las instrucciones finales que serían impartidas al jurado, evento que fue registrado en soporte audiovisual.

Si bien el registro no permite conocer en detalle la discusión llevada a cabo entre las partes ante el juez – lo cual sería recomendable, a efectos de maximizar las posibilidades revisoras de este Tribunal–, lo cierto es que las partes manifestaron su conformidad con las instrucciones que debían leerse al jurado (ver registro audiovisual de audiencia del día 25/10/10, IV parte, a partir del minuto 1:36).

Lo dicho permite descartar las críticas a las instrucciones finales efectuadas por la defensa, pues no manifestó oportunamente oposición a aquéllas. La norma procesal aplicable es clara respecto a que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]» y de que «[constituye motivo específico para la interposición del recurso] c) cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión» (arts. 32 y 41 inc. c, ley 9.106). Lo propio exige también el CPP, al exigir para la interposición de un recurso fundado en un vicio in procedendo, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron.

En definitiva, el agravio no resulta procedente desde el punto de vista formal, motivo por el cual corresponde su rechazo en esta instancia.

Sin perjuicio de ello, más allá de la cuestión formal antes señalada el agravio tampoco resulta pertinente desde el punto de vista material.

En efecto, respecto de la instrucción relativa al concepto de «duda razonable» y «estándar probatorio» la queja de la defensa aparece como una crítica abstracta y genérica, sin especificar de qué manera la directiva concreta contendría errores o sería incompleta.

La vaguedad del agravio contrasta, por otro lado, con la instrucción detallada que puede observarse a fs. 140 y vta..

En efecto, luego de haberse incluido instrucciones relativas a la presunción de inocencia y la carga de la prueba, puede leerse una minuciosa instrucción relativa a los conceptos de duda razonable y de valoración de la prueba, que dan cuenta de manera clara de los conceptos y que, además, fueron explicadas en su aplicación concreta al caso.

La instrucción final en cuestión complementó instrucciones iniciales relativas a estos conceptos (v. fs. 1443/1444 vta.), lo que permite afirmar que el jurado tenía un acabado conocimiento en los temas en cuestión ya desde el comienzo de su deliberación. Del mismo modo, debe decirse que la defensa no desarrolla adecuadamente cuál sería el déficit en la instrucción particular relativa a la «intención de dar muerte».

No obstante ello, se desprende de las instrucciones impartidas sobre el hecho N° 1, que el juez técnico explicó adecuadamente el concepto de «intención de matar», como así también el de «premeditación», en donde aclaró que «[l]a intención y la premeditación son los dos elementos indispensables para que se configure este delito. [...]» (v. fs. 1447 vta./ 1448 y vta.).

En definitiva, a la falta de oportunidad procesal del planteo, se agrega como motivo para desestimar su improcedencia desde el punto de vista sustancial.

c.iv. Corresponde ahora ingresar a los distintos argumentos a través de los cuales la defensa apoya su tesis de que el jurado **se apartó de las pruebas producidas** en el juicio y de las instrucciones que le fueron impartidas.

Conviene aquí recordar lo referido en el precedente «Petean Pocoví», en donde se sostuvo que la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis.

Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; etc. Por otro lado, a un **examen de razonabilidad «interna»** entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión.

Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

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

A partir de estos conceptos corresponde analizar si la versión de los hechos que tuvo por acreditada el jurado –que encontró al acusado culpable del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego– puede razonablemente derivarse de las pruebas que le fueron expuestas. Veamos.

La defensa centra su estrategia en intentar desvirtuar la declaración testimonial brindada por Diego Peña, cuya versión de los hechos ubica a la víctima y a los cinco imputados en la esquina de la casa del testigo Axel Morales, en donde –según relató el testigo– se inició el iter criminis y tuvo lugar la participación de los cinco imputados.

Por ello, y según advierto, la finalidad de la defensa es delimitar el espacio donde se desarrollaron los hechos, y ubicar el comienzo de su ejecución en la vereda del domicilio de Morales, donde la víctima – conforme la hipótesis que defiende– habría permanecido, sin desplazarse en ningún momento hacia la esquina.

A fin de tener una mayor comprensión de lo acontecido y la pretensión de la defensa, conviene referir los hechos descriptos por cada uno de los testigos presenciales a los que refiere principalmente el recurrente. De esta forma, el testigo cuestionado por el censurante, Diego Peña, manifestó que luego de que los imputados lo amenazaron con armas de fuego, se dirigieron a la esquina donde se encontraba la víctima Joel González, quien fue abordada y rodeada por los cinco imputados.

Relató el testigo que en tal circunstancia todos le manifestaron a Luciano Millicay «matalo, matalo que él mató a tu hermano».

Agregó Peña que Rodrigo Laureano Millicay le propino a la víctima un golpe en el rostro (circunstancia acreditada por la pericia del CMF), tras lo cual ésta comenzó a correr en dirección al este, es decir, hacia su vivienda ubicada casi en la otra esquina, ocasión en que Luciano Millicay le efectuó el primer disparo de arma de fuego que pudo ser observado por el testigo.

Aclaró Diego Peña, que luego sintió unos siete u ocho disparos más, tras lo cual los imputados huyeron del lugar (ver registros audiovisuales del día 25/10/19, parte VI, a partir del minuto 2:10).

Por su parte, Axel Morales manifestó que estuvo en la vereda de su casa con la víctima, ambos con el celular «robando» wifi.

Relató que luego de unos quince minutos ingresó a su vivienda donde permaneció por aproximadamente treinta minutos. Aseguró que cuando se disponía a sentarse a almorzar sintió disparos de arma de fuego, razón por la cual se asomó por la ventana y pudo observar al imputado Luciano Millicay disparar a Joel González, luego de lo cual sintió unos siete u ocho disparos más.

Agregó el testigo que al salir a la vereda observó a los cuatro imputados en la esquina portando armas de fuego.

La defensa entiende que la versión de los hechos brindada por Diego Peña y Axel Morales resultan incompatibles, y que considerar verosímil ambas testimoniales implicaría admitir la existencia de dos hipótesis distintas.

Entiendo que ambas declaraciones se complementan, en tanto los testigos pudieron observar distintos tramos del iter criminis, tal como lo sostuvo el Ministerio Fiscal en su hipótesis acusatoria.

Por otro lado, las testimoniales a partir de las cuales la defensa pretende sostener su postura, no tienen asidero en las constancias audiovisuales.

Así, el testigo David Videla Pizarro refirió en audiencia de debate que se dirigió en su moto a comprar a un kiosco ubicado en frente de la casa de Joel González, donde observó a éste que se encontraba solo sentado en la vereda de la casa de Morales.

Refirió que después de escuchar varios disparos de arma de fuego pudo observar nuevamente a la víctima tirada en el piso frente al domicilio de ésta.

A partir de esta declaración la defensa pretende sostener que Joel González en ningún momento se dirigió a la referida esquina, y con ello negar la existencia del primer tramo del hecho que pudo observar el testigo Peña, en donde participaron los cinco imputados.

Sin embargo, ello es como consecuencia de un análisis parcial e interesado del testimonio de Videla Pizarro, en tanto omite considerar que éste aseguró que entre el primer y segundo momento en que pudo

observar a la víctima, transcurrió aproximadamente diez minutos, ya que se encontraba en el kiosco comprando.

Estas circunstancias –según entiendo– resultan compatibles con la hipótesis fiscal, en tanto sostuvo que en el transcurso de este tiempo Joel González pudo razonablemente dirigirse a la esquina (la que se ubica a dos o tres casas del domicilio de Morales, donde estaba sentado González) donde fue abordado por los cinco imputados (ver registros audiovisuales del día 23/10/19, parte X, a partir del minuto 11:57).

En relación con Gianella Reynoso –cuya testimonial fue incorporada por lectura–, la defensa considera relevante su declaración, en tanto la valora como una testigo imparcial.

Destaca el censurante que Reynoso declaró que cuando se encontraba en el kiosco junto al testigo Videla Pizarro, tras los disparos de arma de fuego, observó gente correr que dobló hacia la izquierda, en tanto Peña aseguró que los imputados emprendieron su huida doblando hacia la derecha.

Esta contradicción –según sostiene la defensa– pondría en duda la credibilidad del testigo Peña. Entiendo que la contradicción no tiene la trascendencia que esa parte pretende asignarle.

Por un lado, se trataría de un posible error de percepción de cualquiera de los testigos, cuestión que no pudo ser debidamente dilucidada en audiencia de debate, al menos en relación con la testigo Reynoso, y la defensa no lo hizo.

Por otro lado, la defensa –según advierto– no desarrolla adecuados y suficientes argumentos para inferir la ausencia de verosimilitud de la declaración de Peña a partir de una contradicción que no involucra aspectos nucleares del acontecer criminoso.

No obstante ello, en oportunidad de presentar los alegatos finales, la titular de la acción pública dio argumentos plausibles para superar este tópico.

Al respecto señaló que, según lo declarado por la testigo Reynoso en la etapa de la investigación penal, al escuchar los disparos de arma de fuego corrió hacia el oeste y se escondió en una casa, desde donde vio a unos sujetos que se iban hacia el oeste y luego doblaron hacia la izquierda.

Sostuvo el Ministerio Fiscal que los sujetos observados por la testigo no eran los autores del hecho, toda vez que desde la posición desde donde se encontraba Reynoso no tenía visibilidad hacia la derecha, que es por donde doblaron los autores en su huida.

Destacó también la Fiscal la cantidad de gente presente en el lugar según lo manifestado por los testigos y personal policial (ver registros audiovisuales del día 25/10/19, I parte, a partir del minuto 26:40).

Del mismo modo, debe meritarse que el testigo Axel Morales al declarar en audiencia de debate señaló el mismo sentido de huida de los imputados (ver registros audiovisuales del día 23/10/19, VIII parte, minuto 11:40).

Sostiene también el recurrente que su postura acerca de cómo se desarrollaron los hechos encuentra sustento probatorio objetivo en el informe de Policía Científica, de donde se desprende que sólo se encontraron vainas servidas frente al domicilio de Axel Morales, y no en el lugar en donde –según lo declarado por Peña– el imputado Luciano Millicay habría realizado el primer disparo, esto es en la esquina donde fue abordada la víctima por los cinco imputados.

Al respecto, cabe referir que la conclusión a la que arriba la defensa tiene como presupuesto premisas falsas. Ello por cuanto, según se desprende de las constancias audiovisuales, la zona en donde se inició el iter criminis, de acuerdo con la hipótesis acusatoria, no fue inspeccionada por personal policial, quien arribó al lugar aproximadamente una hora después de acontecido los hechos.

Al respecto, aclaró la testigo Analía Luque, personal de Policía Científica, que sólo se inspeccionó la zona donde encontraron desplazamiento hemático, esto es, desde el domicilio de Axel Morales hasta donde

finalmente se desvaneció la víctima (ver registros audiovisuales del día 24/10/, I parte, a partir del minuto 4:26).

Por tal motivo, los agravios esgrimidos en este sentido no tienen asidero en el informe referido por la defensa y, por lo tanto, no pueden prosperar. La defensa también se agravia de la calificación legal seleccionada por los integrantes del jurado.

Asegura que una adecuada valoración de la prueba rendida durante el debate no puede concluir, más allá de toda duda razonable, que Denis Bustos Tobio haya participado en el delito previsto en el art. 80 inc. 6 del CP. Al respecto, entiende que no pudo acreditarse el acuerdo previo para matar a Joel González.

Aclara que, en todo caso, si los hermanos Millicay entendieron que Carlos González, alias el “Guay” había matado a su hermano Vicente Millicay, el acuerdo previo era para matar a éste y no a Joel González, a quien encontraron en forma ocasional.

Sostiene por ello que si la colaboración que se presta es ocasional y no premeditada, no se mata en los términos del art. 80 inc. 6 del CP. Del mismo modo, sostiene que no se ha acreditado que el hecho haya tenido lugar con el concurso de dos o más personas.

Refiere que le atribuyen a su asistido el haber «arengado» a Luciano Millicay a que disparara a Joel González, extremo que –a su criterio– no ha quedado suficientemente acreditado.

Asimismo, afirma que aún en esta hipótesis esta acción no resulta suficiente para considerar que Bustos Tobio tuvo participación en el hecho, en tanto no tomó ninguna postura activa para retener a la víctima, someterla para facilitar su muerte, impedir su fuga o cualquier otra actividad destinada a conseguir el éxito de la empresa delictual. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar en esta instancia, en tanto el veredicto emitido por el jurado, de acuerdo con las instrucciones que fueron consentidas por las partes, puede ser derivado racionalmente de la prueba que fue expuesta a sus integrantes.

En efecto, y conforme lo hasta aquí analizado, los imputados –tal como lo refiere el recurrente–, acordaron previamente dar muerte a Carlos González, alias el «Guay», ello en la creencia de que éste había matado a Vicente Millicay en horas de la mañana. Sin bien –como lo destaca la defensa– el encuentro de los imputados con la víctima fue ocasional, resulta claro que el propósito de dar muerte a ambos –a Carlos González y a Joel González– compartieron el mismo móvil: la venganza por la muerte de Vicente Millicay. Ello justifica el poco tiempo que demandó a los imputados lograr el acuerdo para dar muerte a Joel González.

Es decir, de acuerdo con las particulares circunstancias que rodearon el hecho ya analizadas, resulta razonable concluir que existió un acuerdo para dar muerte a Joel González en concurso y no un simple encuentro ocasional entre los imputados, como lo pretende la defensa.

Del mismo modo, advierto que de las circunstancias acreditadas, tales como el acometimiento de todos los imputados, munidos con armas de fuego, contra la víctima, propinar golpes de puño y alentar al imputado Luciano Millicay para que ejecute disparos de arma de fuego dirigidos a Joel González, permite concluir que el veredicto emitido por el jurado respecto de los hechos investigados, se ajusta razonablemente a los conceptos sobre coautoría brindados al jurado en las instrucciones.

Ello atento a que la figura del art. 80, inc. 6 del CP admite la intervención de personas en calidad de coautores o de cómplices necesarios o secundarios.

En este punto no debe soslayarse que esta tarea se realiza según instrucciones precisas que imparte el juez, en cuya elaboración intervienen las partes (art. 32, ley 9.106).

En definitiva, conforme a lo analizado entiendo que no estamos ante un supuesto de arbitrariedad o apartamiento de la prueba y, por ende, puede sostenerse como plausible el veredicto de culpabilidad por el delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego. Por estas razones, corresponde desestimar el recurso interpuesto a favor de Denis Bustos Tobio y, en su consecuencia, contestar de manera negativa la primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver las cuestiones propuestas en los agravios desarrollados en sendos recursos de casación por las defensas en el caso, coincido con la solución a la que arriba el voto preopinante en términos generales, pero estimo oportuno ampliar algunas consideraciones que, sobre la institución del jurado he venido sosteniendo desde el **precedente «Petean Pocoví»** y en esta etapa primigenia de la institución en nuestra Provincia, me persuaden deben reiterarse.

Al efecto organizaré lo que pretendo expresar en tres tópicos fundamentales: a) la materia revisable en esta instancia; b) la inveterada discusión acerca de la falta de profesionalización de los miembros del jurado y la supuesta desconfianza que ello genera; y, por último, c) el rol del jurado como ejercicio de soberanía.

a) Materia revisable

Respecto del primer aspecto, tal como señalé en el precedente «Petean Pocoví» y se señala en el voto de mi colega preopinate, la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis.

Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, vinculada a la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado, las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios, la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado, entre las más relevantes.

Por otro lado, a un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento y su conclusión.

Dentro de este doble aspecto, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión. Sobre este último punto, también referí en aquella oportunidad que el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica, para satisfacer acabadamente las exigencias del «doble conforme» establecidas en **los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP**, un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate, lo que no supone superposición de la labor del jurado ni reedición de instancias previas al juicio, sino la evaluación de la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hubieran pasado inadvertidas al jurado.

Solo así es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba rendida en el debate, de conformidad con las previsiones del art 41 de la ley 9.106 y el debido proceso (ver al respecto, **«Petean Pocoví»** y, en el mismo sentido, **«Ortega Ragonesi» y «Tizza»**).

En consecuencia, y bajo estas premisas, los agravios de la defensa en orden al escaso tiempo de deliberación para determinar la culpabilidad de los acusados, a la que vinculan la falta de capacidad o idoneidad de los miembros del jurado para calificar jurídicamente hechos complejos como los ventilados y asirse sobre conocimientos generales del derecho, no sólo carecen de asidero alguno y no pueden

resultar de recibo sino que no importan más que una aseveración infundada y parten de una errónea interpretación del rol del jurado que radica en un serio equívoco legal. Veamos.

Ley 9106. Art. 41.

La base mínima de revisión está dada por la propia **ley 9.106 en su art. 41** que establece de aplicación de las reglas generales del recurso de casación y sus motivos específicos de interposición:

- i) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas relativas a la constitución o recusación del jurado, así como la capacidad de sus miembros;
 - ii) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admite medios de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado al jurado;
 - iii) los casos de cuestionamiento a las instrucciones brindadas al jurado cuando se entendiera que éstas pudieron condicionar la decisión; y,
 - iv) cuando la sentencia condenatoria, o que aplique medidas de seguridad, derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que se arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.
- A esta base, ha de agregarse la posible revisión de vicios in iudicando e in procedendo, atento a la remisión al **art. 474 del CPP**.

Dicho esto, el tiempo dedicado a la deliberación no implica de modo alguno per se arbitrariedad del veredicto. Ello así por cuanto, en el caso analizado, aquél luce congruente con la prueba rendida en el debate, con una adecuada deliberación y conforme a las instrucciones impartidas, llevando adelante la valoración probatoria conforme al método de la íntima convicción, implicando ello la motivación de las decisiones judiciales aún cuando no se exterioricen sus fundamentos (art. 24 de la ley 9.106).

En este sentido se ha pronunciado la CSJN al destacar que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...]

Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (v. **CSJN, «Canales», considerando 19 del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti y 12 del Dr. Rosatti**).

Del mismo modo la **Corte IDH, Caso V.R.P.,V.P.C. versus Nicaragua**, 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, considerando 263. A ello debe sumarse que, ante una crítica idéntica como la que ahora se analiza, en mi voto preopinante en **«Petean Pocoví»** sostuve que el cuestionamiento acerca del tiempo de deliberación no era sino una mera especulación de la defensa desvinculada de elemento probatorio alguno.

Y dije que no existe un nexo lógico mínimamente racional entre la lectura de las instrucciones y la deliberación para el veredicto final, ya que por definición no responde a criterios objetivos mensurables sino que se trata de una actividad dialógica que varía en cada caso y por ello es que debe satisfacerse un criterio de unanimidad.

Señalé antes también que planteos de esta naturaleza parten de un equívoco legal.

El art. 33 de la ley citada, en su cuarto párrafo les impone a los miembros del jurado la obligación de determinar, al valorar la prueba, si el hecho en que se sustenta la acusación se encuentra probado y si el acusado es o no culpable del hecho, todo conforme las instrucciones precisas que imparte el juez y en las que han intervenido las partes (art. 32 de la ley citada).

Así, las partes son escuchadas por el juez técnico en sus propuestas de instrucciones en el marco de una audiencia en la que, precisamente, se debaten cómo se debe explicar la ley, el derecho constitucional y, fundamentalmente, cómo se deben valorar los distintos medios de prueba y tener por probados los hechos alegados (art. 32 de la ley 9.106).

No es el jurado popular el que califica jurídicamente los hechos y aun cuando **sostiene Harfuch**, que existe consenso acerca de que el jurado define ambas cuestiones, refiriéndose a los hechos y al Derecho y que es ésta una discusión estéril, citando a Chiesa Aponte, lo cierto es que es el juez letrado quien debe explicaciones al jurado acerca del derecho –probatorio, constitucional y de fondo– (**Harfuch, Andrés, “El veredicto del jurado”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, ps. 265 y ss.**).

Por ello es que ese juez técnico que dirige el debate es el juez del derecho a través de las instrucciones que fueron materia de un robusto litigio a través del método de control de partes para aventar cualquier posibilidad de error.

Al respecto, el Superior Tribunal de Neuquén ha señalado, con relación al límite a la competencia del jurado y del juez técnico, que «[l]o que tiene que hacer el jurado es determinar [...] si las proposiciones fácticas [...] se prueban [...]. Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera”. “[...]es imprescindible dejar sentado que el jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que (tienen) la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las instrucciones que le entrega el juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que tanto objetiva como subjetivamente integran la figura penal en trato.

Es decir que la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal) [...] aparece correcta la afirmación que efectúa la sentencia y que la querrela critica en cuanto a que el jurado es el “juez de los hechos”, en tanto que el juez técnico que dirige el debate es el “juez del derecho”, ya que como juez del derecho debe interpretar correctamente el tipo penal para impartir adecuadamente las instrucciones luego de la propuesta de las partes [...]» (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal “Méndez, Héctor David s/homicidio/impugnación extraordinaria”, Expte. N° 129/2014 – Acuerdo: 14/15 – Fecha: 30/04/2015, del voto del Dr. Evaldo Moya, Boletín de la Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, Año II - N° 3, Mayo/Junio 2015, p. 71-76, sbyjng@jusneuquen.gov.ar).

b) Supuesta desconfianza por la falta de profesionalización de los miembros del jurado

Valga recordar que ha sido nuestro cimero Tribunal nacional quien en el citado fallo «Canales» el que ha sostenido que la decisión del jurado, expresada en su veredicto se encuentra enmarcada por la intervención durante todo el proceso de un juez profesional que controla la actuación de las partes, el ingreso de prueba al procedimiento y el cumplimiento de los requisitos del debido proceso, «balizando» el camino del jurado.

Previo a todo, debe aclararse que en caso en análisis el jurado popular, para el delito que nos ocupa, fue instaurado por ley 9.106, siendo clara la letra del CPP en cuanto a su operatividad, pues toda norma procesal debe aplicarse desde su entrada en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo

disposición en contrario (art. 4 del CPP). Tal regla también ha sido prevista por la ley 9.106, que dispone su aplicación para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate (art. 49). Rosatti, por su voto en «Canales», considerando 14, recuerda que la CSJN tiene dicho en forma reiterada que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, por cuanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (Fallos: 249:343; 321:1865; 326:2805; entre otros).

A más de ello, es en la heterogénea composición del jurado, así como en su selección aleatoria y su constitución, y en su carácter no profesional en lo que radica efectivamente su valor epistemológico como constructor de consensos. En este sentido, «[l]a intensidad de la deliberación de un jurado, su fuerza, el dinamismo que le da su imponente número, su origen diverso y su accidentalidad contrasta con el papel más estático e individualista de la deliberación del juez que, o se sienta solo a cavilar con su mente o se sienta con otros dos colegas permanentes a los que conoce de memoria porque integra con ellos formaciones fijas» (Harfuch, Andrés, op. cit., p. 448). Y agrega que «[e]l jurado no debe ser visto como doce entidades individuales juzgando un hecho. Eso es un error. Se trata de un cuerpo colectivo decisor. Hacerlo de otro modo “sería ignorar la característica más importante del proceso de la toma de decisión del jurado, que son las fuerzas sinérgicas y dialécticas que impulsan sus deliberaciones» (Gobert, James, “Justice: Democracy and the Jury”, Darmouth Publishing, Londres, 1997, citado por Harchuf, Andrés, op. cit., p. 448).

Es por todo ello que, en mérito al punto que desarrollaré a continuación, no existe motivo alguno que avale desconfianza en el jurado, agravio que obviamente estimo es infundado.

c) El rol del jurado: ejercicio de soberanía

Finalmente entiendo oportuno reafirmar, conforme mis votos anteriores, que el modelo constitucional republicano federal instituido por el art. 1 de la Constitución Nacional estableció una ruptura con el sistema institucional, político y jurídico precedente de la monarquía con implicaciones de distintos órdenes. La titularidad del poder deja de pertenecer a un monarca para nacer del pueblo – soberanía popular–, la estructura del Estado deja de ser unitaria para pasar a ser federal; la forma de gobierno, es democrática por vía de la república; y en cuanto al enjuiciamiento, lo es el juicio por jurados –que presupone el sistema acusatorio adversarial–, frente al anterior sistema inquisitivo. Con ello, se abandona la organización estamental de la sociedad para consagrar la igualdad, la eliminación de fueros personales, la esclavitud y el patriarcado. (ver «Petean Pocoví», «Ortega Ragonesi»).

Por ello Bobbio, al fundamentar el Estado sobre un contrato social –entendido éste como el acuerdo de todos aquellos que están destinados a estar sometidos a él– refiere que ello significa defender la causa del poder ascendente contrapuesto al poder descendente.

Así, el poder surge de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo. Se trata, en definitiva, de la defensa de la democracia, en contra de la autocracia. De tal manera, la figura del contrato social no puede ser confundida con las relaciones de poder en la sociedad medieval, en tanto nada tienen que ver con la idea del poder ascendente que se expresa a través del contrato social.

En otras palabras, la teoría del contrato social, cuyo objetivo es justificar racionalmente la existencia del Estado, encontrando un fundamento racional del poder político, del máximo poder del hombre sobre el

hombre, se apoya en argumentos racionales y está ligada al nacimiento de la democracia (**Bobbio, Norberto, “El futuro de la democracia”, Ed. Plaza & Janes, Barcelona, 1985, págs. 186/189).**

En sentido similar, Ferrajoli ha destacado que todas las constituciones dignas de este nombre han nacido como rupturas con el pasado, y a la vez, como proyectos de futuro. De tal manera, la génesis histórica de las constituciones confirma la idea de contrato social no es sólo una categoría filosófica pues se identifica con la misma idea de la libreación y la refundación sobre bases pacticias de la convivencia civil por obra de las convenciones constitucionales con las que los padres constituyentes del moderno Estado de Derecho sancionaron el fin del absolutismo (**Ferrajoli, Luigi, “Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia”, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 49).**

De acuerdo a ello, «el contrato social es una verdad no histórica, sino normativa y reguladora, un postulado de la razón [donde] la libertad y la igualdad no son consecuencia [...] de un acto contractual, sino éste es una consecuencia de aquéllos» (**Palacios, Alfredo, “Esteban Echevarría. Albacea del pensamiento de mayo”, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1955, págs. 193 y 194).**

Consagra esa ruptura en el modelo de enjuiciamiento el artículo 24 de la Constitución Nacional, que le impone al Congreso de la Nación el establecimiento del juicio por jurados, obligación que se corresponde con la atribución prevista en el art. 75 inc. 12 de la CN, de sancionar las leyes «que requiera el establecimiento del juicio por jurados» a las provincias.

Además de la obligación de establecer el juicio por jurado en el gobierno federal, según el art. 118 de la CN debe ser para todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados (ver al respecto «Petean Pocoví»).

En la casación estándar de nuestro sistema procesal el juez revisa el iter argumentativo del fallo del juez profesional ingresando en el recorrido lógico entre los hechos que considera probados a partir de las evidencias incorporadas y el derecho aplicable, mientras que el recurso contra sentencias basadas en veredictos es necesariamente diferente.

Ello nos lleva a determinar las razones por las que se entiende que el veredicto del jurado es una decisión motivada con todas las exigencias de fundamentación de toda decisión jurisdiccional y asimismo, cuál sería el modo de revisión de dicho veredicto, al que ya nos hemos referido.

Respecto de lo primero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado por qué las exigencias de motivación explícita son distintas para el juez profesional y el jurado popular. Así, ha señalado que «[l]a exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivos– en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones.

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

No cabe sino concluir que la obligación de motivación subsiste para el jurado porque se vincula directamente al debido proceso. La Corte Federal remite al respecto a lo expuesto por la Corte IDH, que ha afirmado que «[l]a motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En

el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía»; y, en particular sobre la motivación como garantía del imputado, ha señalado que «[e]n el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria [...] Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda» (Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 256 y 257; citado expresamente por la CSJN en «Canales», considerando 19, voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

Lo fundamental entonces radica en distinguir «motivación» de «expresión de fundamentos». En este sentido, la Corte IDH –con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal EDH– ha expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrán incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» (Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, 8 de marzo de 2018, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»). Ese curso lógico de la decisión del jurado y que constituye el objeto revisable en esta instancia, como ya se ha expresado antes, comprende: i) las instrucciones generales, o iniciales impartidas al jurado; ii) los alegatos de apertura; iii) la recepción de prueba en contradicción de las partes; iv) las conclusiones o alegatos de clausura; v) las reglas particulares, o instrucciones finales; y vi) el veredicto de unanimidad (ver «Petean Pocoví»).

Por último, entiendo oportuno reafirmar que el tribunal encargado de la revisión de la sentencia condenatoria de un juicio por jurados, debe circunscribirse al ámbito de su competencia, y no debe desempeñarse como el jurado número trece. En este punto, es importante, por su antigua y destacada tradición en materia de juicio por jurados, destacar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de Canadá cuando expresa que «[e]l Tribunal de revisión no debería actuar como “el jurado N° 13” o simplemente darle curso a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia apreciación del registro taquigráfico escrito del debate. Tampoco debería determinar que un veredicto es arbitrario simplemente porque el tribunal de apelación tenga una duda razonable basada en su revisión del registro taquigráfico». Dicha alusión al registro taquigráfico del debate debe ser entendida, en nuestro sistema, al soporte audiovisual de registración de las audiencias en que se sustancia el juicio, que permite un mejor y más amplio examen, por lo que aquellas consideraciones resultan enteramente aplicable al caso. Por lo tanto, la revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, «debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa del jurado» (ver fallo “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180”), transcripción que ya efectuara en mi voto ampliatorio en el precedente «Tizza».

La «regla de la deferencia», es decir del respeto que merece la decisión del jurado popular, que en el ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con inmediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos

y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime, es común a todos los lugares donde se lleve adelante este sistema de enjuiciamiento, que está consagrado en el art. 24 de la Constitución Nacional, tal como en la declaración del art. 4 de la Constitución de Mendoza, donde se reconoce que la soberanía reside esencialmente en el pueblo y que, de ella, emanan todos los poderes. Por estas razones constitucionales, debe regir la regla de la deferencia en los juicios por jurados populares.

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

Así, mientras los jueces técnicos deben hacer exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen (art. 411 inc. 2 del CPP) a fin de poder seguir el camino argumental recorrido para adoptar la decisión y ejercer el control, y, en su caso, identificar los defectos en el análisis que llevaron al juez a una conclusión arbitraria, en la revisión del veredicto de un jurado la regla del secreto de la deliberación impide conocer las razones de la decisión, por lo que impone un plus de esfuerzo y es más difícil, porque «[r]equiere que la corte recursiva, sin contar con la ventaja de la expresión de las razones, revise la prueba y, en una medida limitada, revalore la prueba en términos de su razonabilidad (caso “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda, caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado y traducido en Binder, Alberto y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa), lo que a su vez permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la revisión amplia, ya no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino en el análisis directo de la prueba para saber si la solución (veredicto) arribada es posible.

En definitiva, las investigaciones realizadas sobre juicios por jurados demuestran que los jurados no son solamente excelentes determinadores de los hechos en cuanto a la función judicial que realizan, sino que también son un cuerpo político de rango constitucional donde la decisión no es una decisión jurídica sino una decisión política fundada en el principio de la soberanía popular –art. 33 CN– (Dalla Vía, Alberto, «El juicio por jurados ante la reforma judicial», La Ley, Suplemento del 12 de enero de 2021). El jurado entonces es el bastión de la democracia y símbolo de la soberanía popular (Granillo Fernández, Héctor M., «Ratificación del juicio por jurados y de la no fundamentación del veredicto», LL-2012 B-78). Por ello, la revisión de su decisión en otra instancia debe estar por el alcance antes referido.

Por todo lo señalado considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto..

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

Sin perjuicio de ello entiendo oportuno realizar algunas consideraciones que a continuación expongo.

En efecto, tal como señale en el precedente «**Peteán Pocoví**», «[...] entiendo que [las instrucciones impartidas al jurado -en tanto premisas de las que deben partir para razonar y resolver las cuestiones sometidas a su decisión-] deben presentar dos características centrales: anticipar los problemas que

pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho [...] y ser claras».

En ese orden, sostuve en aquella ocasión que «las instrucciones deben orientar en el proceso de confrontación de argumentos y la deliberación, a los efectos de conformar el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso.

Para ello, inicialmente, el texto de aquéllas ha de describir la lista de herramientas jurídicas, tanto sobre valoración de la prueba como sobre adjudicación de derecho. Lo anterior requiere que las instrucciones expresen en forma detallada, clara y precisa en lo relativo a los hechos sobre los que debe expedirse el jurado, a la validez de la prueba y su peso en relación con aquello que se propone acreditar.

Por otra parte, debe acudirse a la teoría de la imputación a efectos de esclarecer dónde se encuentra ubicado el problema jurídico sometido a decisión y cuáles son las implicaciones o consecuencias sistemáticas concretas de decidir en uno u otro sentido».

Asimismo, señalé que «[o]tra cuestión de la que debe ocuparse el juez letrado es que la instrucción impartida sea clara».

Es decir que «será formulad[a] de manera clara cuando: diagnostique y anticipe los problemas del caso relativos a la prueba de los hechos y la aplicación del derecho; brinde las herramientas conceptuales apropiadas para alcanzar una solución y enuncie los lineamientos precedentes de modo tal que sean asequibles para un jurado lego.

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

Por consiguiente, «[ú]nicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que este proceda a responder a las cuestiones planteadas sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al thema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria».

Por su parte, y en el mismo sentido, en el **precedente «Tizza»** señalé que «[...] que el jurado popular constituya una herramienta fundamental de diálogo institucional entre el sistema de justicia y la ciudadanía no significa que pueda prescindirse de las reglas debido proceso legal.

En este sentido, la tarea que el Poder Judicial está obligado a desempeñar sigue siendo fundamental, pues a través de las instrucciones se le suministra al jurado el camino lógico-jurídico que debe seguirse para llegar al veredicto de inocencia o culpabilidad» y que «[...] ya no se trata de servirse de la propia formación para resolver el caso técnicamente, sino de poner dicha formación a disposición del jurado para que éste pueda resolver, conforme a su íntima convicción, pero con las mejores herramientas jurídicas con las que se puede contar.

Todo ello torna más difícil la tarea que debe desempeñar el juez o jueza en este tipo de juicios.

Para poder instruir correctamente a un jurado popular no especializado en la materia, se debe saber más, no menos. Solo así el juicio por jurado será un procedimiento que acerque el sistema de justicia a la ciudadanía. Si no propiciamos la incorporación de reglas de imputación claras en las instrucciones al jurado, se corre el riesgo, como en el caso que aquí se enjuicia, de que la determinación de la culpabilidad o su inocencia se vuelvan, como decía Enrique Gimbernat, una cuestión de lotería».

En el presente caso, y tal como sostuve en **«Ibáñez Benavidez»**, si bien advierto que pueden formularse algunas observaciones a la tarea de elaboración de las instrucciones que finalmente se impartieron al

jurado en conceptos vinculados a la teoría del delito, entiendo que estas falencias no poseen una entidad suficiente para derivar en la arbitrariedad del veredicto cuestionado.

De tal manera, solo cuando existan serios defectos en las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que responda a las cuestiones planteadas, de modo tal que podrían tener incidencia en la solución del caso, podrá ser anulado el veredicto como consecuencia de aquellas.

En virtud de las consideraciones precedentes, al no advertir arbitrariedad en el veredicto, manifiesto apartamiento de la prueba producida en el debate o defectos esenciales en las instrucciones impartidas, al igual que mi colega preopinante entiendo que debe darse respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Rodrigo Laureano Millicay Robledo y Denis Gastón Bustos Tobio.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva de los casos federales efectuadas por las defensas de los imputados.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

7- COLAIACOVO RUGGERI. 19-04-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=529>

Lex: Art. 79, 89 del CP. Art. 408 del CPP.

Vox: Homicidio simple con dolo eventual. Lesiones. Deliberación. Tipo subjetivo. Teoría de la representación débil. Peligro de dolo. Peligro de imprudencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por siete años como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple con dolo eventual en concurso ideal con lesiones graves con dolo eventual (arts. 79, 90 y 54 CP y arts. 42 inc. b, 45 1° parte, 48, 52 y 60 de la Ley de Tránsito 9024).

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1061 y sus fundamentos por entender que adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1061, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
«[...] un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo. Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un peligro de imprudencia, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso»
- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf

Parágrafos destacados

Del voto del Dr. Palermo “Dicho de otro modo, existen peligros de dolo que por su calidad son prototípicamente lesivos, de modo que la probabilidad de realización del tipo es muy alta. De este modo, si el autor reconoce esta clase de peligros obra con dolo, aunque le falte la voluntad realizadora del tipo. Los peligros de imprudencia, por su parte, son aquellos que no sólo el autor concreto, sino toda persona racional, en caso de conocer tales peligros, puede confiar válidamente en su no realización.”

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

(F.D.)

Fallo:

CUJ: 13-05340148-6/1((018602-18602)) FC/ COLAIACOVO RUGGERI, JAVIER IVAN P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES GRAVES CON DOLO EVENTUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105509917*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05340148-6/1, caratulada “F. C/ COLAIACOVO RUGGERI, JAVIER IVAN S/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES GRAVES CON DOLO EVENTUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Javier Ivan Colaiacovo Ruggeri interpone recurso de casación (fs. 489/503 vta.) contra la sentencia N° 1.061 (fs. 460 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por siete años como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple con dolo eventual en concurso ideal con lesiones graves con dolo eventual (arts. 79, 90 y 54 CP y arts. 42 inc. b, 45 1° parte, 48, 52 y 60 de la Ley de Tránsito 9024).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 27 de enero de 2019, aproximadamente entre las 07:25 a 07:30 hs. el encargado Colaiacovo Ruggeri, luego de la salida del local bailable Pecados del departamento de Las Heras, conducía su vehículo marca Volkswagen, modelo Vento, 2.0 TSI, dominio LVE079, color verde petróleo, trasladando consigo a Marianela Gisel Pulitti y a Abelardo Maximiliano Soria, en dirección de norte a sur por el Acceso Norte. Su conducción lo era con exceso de velocidad y con un nivel de alcohol en sangre de 2.13 mg/l, hecho por el cual fue detenido y multado, practicándosele a las 6:33 hs. dosaje de alcohol y labrándose acta de infracción a las 6:51 hs. Ante tal acontecimiento la autoridad de contralor le retuvo el carnet de conducir y autorizó formalmente a continuar con la conducción del rodado al Sr. Maximiliano Soria, conforme se acredita a fs. 107. Ante tales circunstancias y habiendo tomado el volante el Sr. Abelardo Maximiliano Soria, dado que su grado de alcoholemia era menor, luego de transcurrido unos quince minutos aproximadamente y por las molestias ocasionadas por el imputado (gritos, enojo, volantazos), detuvo su marcha en una parada de colectivos bajándose junto con Marianela, tomando el dominio del rodado Colaiacovo, quien se retiró del lugar unos minutos para luego regresar a donde ellos se quedaron, volver a discutir con Marianela Pulitti, decidiendo que condujera ésta y ocupando el asiento del acompañante Javier Colaiacovo. Pese a las discusiones, continuó con las molestias, tirando el freno de

mano y molestando al volante. Por lo que, al llegar a la estación de servicios del Borbollón, luego de una nueva discusión, Colaiacovo aceptó que Abelardo Soria manejara nuevamente, sin embargo, al dejar Marianela el asiento del conductor, Colaiacovo se cruzó por medio del auto ocupando nuevamente el asiento del conductor, quedando del lado del acompañante Marianela y Soria en el asiento trasero para continuar la marcha, acelerando la velocidad para antes de llegar a la intersección con calle Manuel A. Sáenz del Departamento de Las Heras, Javier Colaiacovo, manifestarle a su acompañante Marianela Gisel Pulitti “¿quierés matarte? ¡Matáte!”, atravesando así a gran velocidad el semáforo en rojo de la intersección de las calles mencionadas, acelerando el automóvil por el Acceso a una velocidad estimativa de más de 140 km/h aproximadamente, perdiendo finalmente el dominio del vehículo, antes de la calle Pedro Pascual Segura del Departamento de Las Heras, lo que provocó la colisión del rodado con un poste de luz ubicado a la altura de 50 metros, giro del rodado, nueva embestida a otra de las luminarias, desempotrando su base, pérdida de la puerta lateral derecha, pérdida de la parte posterior, partitura en dos partes del vehículo, conforme croquis, informe técnico y fotografías, saliendo despedida Marianela Pulitti, incitando la muerte y las lesiones graves a Maximiliano Soria” (fs. 466). Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales del agente policial Jofré González, de la víctima Maximiliano Soria, las pericias técnicas practicadas al rodado, el resultado de los dosajes de alcohol practicados al imputado y a las víctimas, el croquis ilustrativo, el acta de procedimiento, así como toda la prueba válidamente incorporada al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Javier Colaiacovo entiende que la resolución atacada adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

1.- Vicios in procedendo

a.- En primer lugar, la defensa sostiene que la jueza ingresó a la audiencia de debate con la sentencia ya redactada, omitiendo la previa deliberación y violando así lo dispuesto por el art. 408 CPP. En consecuencia, el debate y la sentencia serían nulos. En apoyo de su tesis cita jurisprudencia y normativa nacional e internacional.

b.- En segundo lugar, el recurrente realiza una crítica global de la valoración de la prueba llevada a cabo por la a quo y postula que los hechos han sido fijados arbitrariamente.

En particular, sostiene que la magistrada de la instancia anterior ha omitido considerar que el agente Jofré González incumplió con su deber de retener el rodado y que, de haberlo hecho, no se habría producido el siniestro.

2.- Vicios in iudicando

En último lugar, la defensa explica que, los precedentes de este máximo tribunal «**Sanhuesa**» y «**Quiroga Morales**» han sido mal aplicados a los efectos de determinar la tipicidad subjetiva del hecho imputado. Igualmente es criticada la línea teórica seguida por la a quo.

En esta línea, sostiene que, si se realiza una aproximación cognoscitivista al caso, entonces no puede afirmarse sin contradicciones que, por un lado, Colaiacovo sabía o conocía el riesgo que causaba, y, por otro, que conducía en un grave estado de ebriedad.

Solicita se apliquen las figuras penales contenidas en los arts. 84 bis y 94 bis CP.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 521/527). Después de resumir los agravios advertidos por el recurrente, realiza una contestación ordenada de cada uno de ellos.

Respecto de la nulidad del debate y la sentencia por incumplir las prescripciones del art. 408 CPP, pone de relieve que en el caso concreto se trata de un tribunal unipersonal y que la deliberación se construye gradualmente durante el juicio, por lo que el agravio defensivo permanece en el plano abstracto.

Más aún cuando el acusado ante la posibilidad de agregar algo contestó negativamente y que no existía en el proceso elemento alguno que pudiera modificar lo que había sucedido delante de la magistrada.

En relación con la crítica desplegada por el recurrente en el plano de la valoración de la prueba, la descarta en tanto reiteración de la teoría del caso presentada al momento de alegar, la cual fue refutada válidamente por la a quo en su sentencia.

Según ésta, se desplaza el foco sobre la responsabilidad del hecho al policía que no retuvo el carnet y el vehículo al realizar el acta de infracción vial. Punto de vista que no se encuentra respaldado por la prueba obrante en autos.

Finalmente, en lo que hace a la calificación jurídica de los hechos atribuidos a Colaiacovo en el plano del tipo subjetivo, sostiene que el cuadro situacional demostró que Colaiacovo tenía cierto grado de consciencia que habilita la construcción del dolo eventual.

Debiéndose descartar una imputación a título de culpa, tal como solicita el recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

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

1.- Vicios in procedendo

a. Violación de las prescripciones contenidas en el art. 408 CPP

Respecto de este punto, la defensa sostiene que la jueza habría dictado sentencia sin deliberar, habiendo ingresado a la audiencia de debate con la sentencia ya confeccionada.

Así, el recurrente se agravia en la violación de las prescripciones contenidas en el art. 408 CPP.

Según este artículo el tribunal de juicio inmediatamente de terminado el debate, debe pasar a deliberar en sesión secreta. Todo ello bajo pena de nulidad.

Esta Sala ha dicho en «**López Garnica**» que estas previsiones deben ser interpretadas en relación con el resto del ordenamiento procesal y, en función de ello, restringidas para hipótesis de tribunales colegiados. Sin embargo, es importante no perder de vista que el fundamento material de la norma es obligar al tribunal a que cuente con una instancia de reflexión y concentración para evaluar los argumentos de las partes tendientes a acreditar su teoría del caso.

Por ello, considero conveniente revisar y precisar la jurisprudencia sentada en el precedente antes mencionado, según la cual el art. 408 CPP debe quedar restringida a los tribunales colegiados, para pronunciarme en el sentido de que esta norma debe igualmente ser observada por los tribunales unipersonales.

En efecto, este temperamento busca priorizar junto con la eficiencia del sistema de justicia penal, la calidad de la argumentación que, producto de una adecuada instancia de reflexión y deliberación, redundará en mejores sentencias.

Ahora bien, respecto de la concreta actuación del tribunal sentenciante, entiendo que, compulsadas las presentes actuaciones, así como las constancias audiovisuales, la audiencia de alegatos finalizó el día 12 de febrero de 2020, mientras que la audiencia de lectura de sentencia fue el día 18 de febrero del mismo año, momento en el que se le preguntó al acusado si tenía algo que agregar, a lo que contestó que no.

De este modo, entiendo que la instancia reflexiva supra mencionada y que tiende a salvaguardar la norma del art. 408 CPP se encuentra satisfecha materialmente.

Anular la sentencia en estas particulares circunstancias sería un exceso de rigor formal. Pero, no debe perderse de vista que le asiste razón al defensor al momento en que expresa que no es óptima la imagen dada por el/la juez/a que «llega al juicio con la sentencia debajo del brazo».

Una cuestión que, estimo, excede lo estilístico en tanto revela cierta tendencia del actual sistema a tratar los casos de manera estandarizada.

En este orden de ideas, entiendo oportuno reiterar mi toma de postura en «**Chacón Moyano**» y «**Zurita Alcaraz**» respecto de la conveniencia de la actuación de tribunales colegiados para juzgar hechos que ponen en tela de juicio la vigencia de normas constitutivas del orden social.

Lo cual, además de aumentar las garantías de verdad, redundaría en una mayor posibilidad de respeto de las garantías de imparcialidad del/la juzgador/a e igualdad de armas de las partes.

Por otra parte, entiendo que, además, se sugiere garantizar, en la medida de lo posible, en la composición del tribunal colegiado la integración de, al menos, una jueza mujer.

Ello, al efecto de avanzar hacia una participación equilibrada de varones y mujeres en las tomas de decisiones en las distintas esferas institucionales.

Finalmente, debo señalar que la mentada violación al derecho de ser oído no ha sido tal. En efecto, las partes fueron escuchadas y sus argumentos tenidos en cuenta por la jueza sentenciante.

Si bien la defensa sostuvo en la audiencia oral que Colaiacovo no tomó la palabra debido a que advirtió que la a quo llegó a la audiencia con la sentencia firmada y protocolizada, estos extremos, compulsadas las constancias audiovisuales del juicio, deben ser descartados de plano.

b. Arbitraria valoración de la prueba respecto del accionar

En segundo lugar, la defensa realiza una crítica global de la valoración de la prueba llevada a cabo por la a quo. El recurrente sostiene que el agente Jofré González, que labró el acta de infracción vial por conducción en estado de ebriedad, debió secuestrarle el automóvil a Colaiacovo y no entregárselo a Maximiliano Soria. Sería entonces este funcionario el responsable del siniestro.

De igual manera, el comportamiento del acusado momentos previos al accidente –molestando al conductor e intentando recuperar la conducción del automóvil– responderían a ese motivo: la inhabilidad de Maximiliano Soria para estar al frente del volante.

Un suceso lesivo puede ser competencia del autor –hipótesis de autoría individual– o, junto con él, pueden existir otros factores explicativos tales como el comportamiento prohibido de un tercero, la actuación descuidada de la propia víctima o, es más, la desgracia.

En este caso, persisten dudas sobre la corrección de la actuación del funcionario policial en el control vial realizado momentos antes del accidente.

Dicho de otro modo, sobre esta cuestión entiendo permanecen abiertas algunas preguntas que no han sido del todo respondidas en la sentencia del tribunal de juicio. ¿Debió el agente policial retener el coche a Colaiacovo en lugar de entregárselo a Maximiliano Soria? ¿Se encontraba en condiciones de conducir este último? Y de suponerse la eventual actuación antirreglamentaria del funcionario policial, ¿modificaría en algo la situación de Colaiacovo?

Estos interrogantes permanecen abiertos porque no formaron parte de la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal y, así, sus extremos no pudieron ser adecuadamente despejados. Naturalmente, en esta etapa del proceso no podemos dar una respuesta contundente a ellos, aunque basta con su formulación. Frente a lo cual debe agregarse que nada podía hacer el tribunal de juicio, pues el agente Jofré fue ofrecido en calidad de testigo. Al respecto, debe señalarse que es deber del Ministerio Público Fiscal investigar a fondo la eventual responsabilidad de todos aquellos intervinientes que de manera prohibida hubiesen impulsado el hecho delictivo.

Más aún cuando se trata de la correcta actuación de funcionarios públicos, cuya verificación en un caso concreto no puede ser omitida por los órganos estatales encargados de la persecución penal. No obstante, estas cuestiones –no poco importantes– en nada han de modificar el injusto de Colaiacovo, tal como lo pretende la defensa. En efecto, la relevancia del eventual curso causal salvador no desplegado por el funcionario policial es una cuestión que debe encararse a partir del principio de autorresponsabilidad y no con base en la teoría de la supresión mental hipotética.

La eventual actuación antinormativa precedente no exime de responsabilidad al actuante sucesivo si este la utiliza como plataforma para la afectación no permitida de una posición jurídica ajena.

Y en lo que hace a posibles repercusiones en el nivel de la individualización de la pena, no se advierten razones para que la posible infracción del deber de garante del agente policial constituya una razón para disminuir la responsabilidad del imputado. En razón de lo señalado, y al no verificarse los vicios in procedendo referidos por la defensa, el recurso no puede prosperar en este aspecto

2.- Vicios in iudicando

En relación con los parámetros que han de observarse para determinar el carácter de la imputación en el nivel del tipo subjetivo, ya me pronuncié minuciosamente en **«Quiroga Morales»**.

Allí, adscribí a una teoría débil de la representación que coloca en un lugar central al conocimiento de la probabilidad de acaecimiento del resultado lesivo, en tanto valoración normativa.

Asimismo, en ese precedente sostuve un criterio cualitativo de distinción entre dolo e imprudencia en el nivel del tipo objetivo.

Conforme a ello, «[...] un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo.

Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un peligro de imprudencia, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso» (**“Quiroga Morales”**).

En lo que ahora interesa, corresponde señalar que determinados modos de conducción de automotores, eventualmente, implican un muy alto peligro de lesiones y/o muerte.

Se trata de un peligro objetivo de acaecimiento del resultado, en el que es indiferente que el autor actúe con determinada intención. Basta con que se conozcan cada uno de los extremos del comportamiento que generan ese peligro para el bien jurídico protegido.

A la inversa, aun cuando el sujeto tuviera la intención de lesionar a la víctima mediante un comportamiento que genera un peligro bajo, ello no obstará a que, dado el caso de acaecimiento del resultado lesivo (acaso una muerte) este se le impute a título de imprudencia.

Dicho de otro modo, existen peligros de dolo que por su calidad son prototípicamente lesivos, de modo que la probabilidad de realización del tipo es muy alta. De este modo, si el autor reconoce esta clase de peligros obra con dolo, aunque le falte la voluntad realizadora del tipo.

Los peligros de imprudencia, por su parte, son aquellos que no sólo el autor concreto, sino toda persona racional, en caso de conocer tales peligros, puede confiar válidamente en su no realización.

En el caso de Colaiacovo, nos encontramos frente a un agente que, por su conducción antirreglamentaria generó una alta probabilidad de lesiones que no pueden ser sino típicas de un comportamiento doloso.

En efecto, independientemente de la voluntad que el autor tuviera de causar el resultado, la magnitud del peligro al que expuso a Marianela Pulitti y Maximiliano Soria la madrugada del siniestro fue extremadamente alta.

El peligro creado por quien circula en infracción a normas que se consideran centrales en el tráfico vial –excediendo el límite de velocidad, bajo los efectos del alcohol y sin respetar la señalética– exponer al conductor y a los terceros a graves accidentes es, de por sí, muy alto.

No obstante, ello no basta para afirmar que existe un comportamiento doloso, nuevamente, debe estarse a todas las circunstancias que hacen que la posibilidad de despejar el peligro se reduzca al mínimo o, dado el caso, a cero.

En el caso de Colaiacovo, son dos elementos más los que me llevan a la conclusión de que estamos ante un peligro de dolo.

A las tres infracciones viales supra mencionadas debe agregarse, por un lado, el caso omiso del acusado a la advertencia policial de que no condujera el automotor y dejara al frente del volante a Maximiliano Soria; y, por el otro, las constantes molestias para hacerse nuevamente con el volante, lo que finalmente consiguió.

Circunstancias que sin dudas influyeron en la anulación de posibles cursos causales salvadores. En consecuencia, el riesgo creado fue producto de un comportamiento que infringió tres reglas con una importancia central para la conducción en el tráfico rodado, lo que explica el resultado, el cual también es objetivamente imputable al acusado al omitir la advertencia policial y los pedidos de las víctimas para que no condujera el rodado.

Por último, no me parece menos trascendente la constatación de que el autor momentos previos al siniestro le espetó a la víctima fatal «¿quierés matarte?! ¡matate!».

Ahora, si bien el peligro de dolo es una cuestión que se vincula inicialmente con el tipo objetivo, ello no implica que aquí se defina todo, pues también es necesario para la imputación del dolo que el agente conozca el peligro creado, es decir, que conozca el tipo objetivo. En nuestro caso, el acusado conocía tanto que conducía gravemente alcoholizado –2.13 g/l alcohol en sangre–, así como la alta velocidad que alcanzó al momento del siniestro –aproximadamente 140 km/h– y que cruzaba un semáforo con luz roja. Asimismo, este cuadro se agudiza si se piensa, por un lado, en las advertencias realizadas por el funcionario policial en el control vial practicado momentos antes del siniestro para que dejara el dominio del coche en manos de Maximiliano Soria, así como en las advertencias de este último y Marianela Pulliti para que no retomara el dominio del vehículo.

Finalmente, el espetarle a la víctima fatal «¿quierés matarte?! ¡matate!» es un dato más que habla a favor del conocimiento pleno del alto riesgo que generaba su comportamiento para la vida de las personas que se trasladaban con él. En suma, la calidad y cantidad del peligro para la vida y la integridad física de las personas creado por el imputado el 27 de enero de 2019 en horas de la mañana es un peligro de dolo que,

además, fue reconocido por él. Dicho brevemente, han quedado acreditado los extremos objetivos y subjetivos que dogmáticamente son requeridos para la imputación a título de dolo eventual al autor.

De lo anterior se deriva una consecuencia sistemática ignorada a lo largo de todo el proceso respecto a la calificación jurídica dada a los hechos imputados: si se trata de un comportamiento doloso en tanto alta probabilidad de producción de resultados lesivos para la vida de las personas, entonces la correcta calificación dada a los hechos habría de ser la de homicidio simple con dolo eventual (respecto de la víctima fatal) en concurso ideal con homicidio simple con dolo eventual en grado de tentativa (en relación con la víctima superviviente).

Colaiacono generó un riesgo prohibido de muerte para con Marianela Pulliti y Maximiliano Soria. Un riesgo objetivamente típico de homicidio y subjetivamente doloso.

Solo que en un caso se realizó en el resultado muerte y en otro permaneció en grado de tentativa.

Desde luego, vale apuntar la crítica, pero nada puede hacerse respecto de ella en esta instancia de acuerdo con los límites impuestos por la prohibición de la *reformatio in peius*, en tanto garantía procesal derivada del derecho de defensa del imputado.

Dicho esto, corresponde entonces analizar un tramo del recurso defensivo, puesto de relieve en la audiencia oral, en el que se sostiene que el reconocimiento de la grave alcoholización que se efectúa en la sentencia impide considerar que el imputado «sabía» o «conocía» las consecuencias de su obrar y, por ende, sería autocontradictorio afirmar que Colaiacono tenía un perfecto conocimiento situacional y, al mismo tiempo, que se encontraba gravemente alcoholizado.

En el planteo del recurrente sobrevuela la idea de que lo segundo excluiría lo primero. Pues bien, el planteo trata en un mismo plano el conocimiento del tipo objetivo en tanto creación de un nivel de riesgo de afectación para la posición jurídica protegida y la posibilidad de reproche en condiciones de normalidad como juicio de culpabilidad que puede realizársele al acusado.

En efecto, es importante destacar que debe diferenciarse la imputación del conocimiento de la alta probabilidad de lesión para una posición jurídicamente protegida de la imputación de la capacidad de culpabilidad que se lleva a cabo a través del juicio de imputabilidad.

Así, no es correcto identificar la inimputabilidad del sujeto con la imposibilidad del dolo, si no se realizan precisiones teóricas.

Esto último es una cuestión a resolverse en el ámbito de la tipicidad –al menos después de la bisagra sistemática generada por los partidarios del finalismo–, mientras que los problemas de imputabilidad corresponden al plano de la culpabilidad.

Expresado en otros términos, Colaiacono bien podría haber actuado de manera inimputable e, igualmente, haberlo hecho a título de dolo. Compulsadas las constancias de la causa, no existe evidencia que permita afirmar que Colaiacono al momento del siniestro padeció un «cortocircuito de responsabilidad» que lo colocara en una situación de inimputabilidad.

Sin embargo, aun cuando esto hubiera sido así –lo cual no ha sido probado– no debe perderse de vista que no basta con verificar un defecto en el comportamiento del agente para eximirlo de responsabilidad jurídico penal, cuando tal defecto es producto de su propio actuar precedente. Con esto me refiero a que el defecto de motivación puede ser reconducido a su esfera de organización y con ello ser hecho competente por él. Un tema propio de la doctrina de la *actio libera in causa*, el que, de cualquier manera, ha sido expresamente excluido como objeto de controversia por la propia defensa.

3.- Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar. Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Puesto a resolver la primera cuestión planteada, debo señalar que adhiero, por sus fundamentos al voto que antecede, dejando a salvo mi criterio sobre el aspecto subjetivo del delito desarrollado en **«Sanhuesa»**.

Esta posición que sostengo al respecto, no varía la solución del caso, por lo que considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien comparto la solución a la que llega mi colega de Sala, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones.

a- Art. 408 del CPP

a.- Con relación a la alegada violación del art. 408 CPP cuando establece que «inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta», debe señalarse que, como toda disposición normativa, ella no puede ser interpretada en forma aislada y fragmentada, sino que por el contrario debe hacerse partiendo de la gramática comunicacional utilizada en la norma, de una manera sistemática y armónica con el conjunto del ordenamiento (como sistema procesal) vigente y dentro del marco de la política procesal judicial determinada por la Legislatura, que como el órgano constitucional exclusiva y excluyentemente es el competente para ello y no desde prejuicios académicos, ideológicos o preferencias personales, grupales o sectoriales. Entiendo oportuno adelantar que, como resultado de la actividad de determinar el significado tenemos que se debe «restringir el sentido de las previsiones contenidas en el art. 408 CPP para hipótesis de tribunales colegiados» (**“López Garnica”**).

En primer lugar, y más allá del devenir histórico de la evolución de las disposiciones procesales al que deberé referirme más adelante, tenemos que el art. 405 del CPP establece que a continuación de cerrado el debate se establecerá «el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos» (último párrafo) e «inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta a la que solo podrá asistir el Secretario» (primer párrafo del art. 408 del CPP), con lo cual la norma pretende la actuación de los jueces sin solución de continuidad entre el debate y la sentencia; evitando dilaciones innecesarias y reglamentando el modo como deben deliberar cuando se trata de tribunales colegiados.

Este sentido de la norma también se corresponde en un todo con la reglamentación que a continuación en los párrafos segundo y tercero del mismo artículo se establece: «El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando». «La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377».

También cuando en el art. 409 del CPP establece que deben resolverse todas las cuestiones y fija un orden que si fuera posible deben seguir, la forma de tratamiento sucesivo y la votación («Los jueces votarán

sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores”. “Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio»).

En consecuencia, desde la literalidad de las disposiciones y su análisis sistemático y armónico resulta evidente que el procedimiento está previsto y relacionado exclusivamente para aquellos casos que el tribunal está constituido en colegio de tres jueces (arts. 44 y 46 CPP).

En segundo lugar, de destacarse que «[...] el procedimiento oral reinó en toda la antigüedad [...] y sólo murió cuando se implantó el sistema inquisitivo, por la fuerza de una concepción que percibió en el procedimiento escrito la forma de imponer el secreto y despreñar la defensa del imputado» **(VELEZ MARICONDE, Alfredo; “Derecho Procesal Penal”, Tomo I; Editorial Lerner, Buenos Aires; 1969; p. 417).**

Esta circunstancia fue plenamente conocida al tiempo de la revolución de mayo de 1810, como en la declaración de la independencia y también la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

En este, proceso de revolución-independencia-institucionalización se tuvo la plena convicción de cambiar el modelo monárquico-inquisitivo-patriarcal de enjuiciamiento por uno acusatorio adversarial de tipo republicano fundado en la libertad, la igualdad y el trato fraterno de todos los seres humanos. Paradigma que se evidencia con la prohibición del «detestable uso de los tormento, adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes» dispuesto por la Asamblea del AÑO XIII, los proyectos de constitución que se elaboraron para ella, así como por las Constituciones unitarias de 1819 y 1826 y las disposiciones de la Constitución Nacional que proponían o establecían el juicio por jurados como método de enjuiciamiento.

Este último no pudo concretarse sino hasta el actual siglo primero por Córdoba, luego Buenos Aires, Neuquén, Mendoza y otras provincias, porque la cultura inquisitiva en materia procesal predominó en la academia y bloqueó todos los proyectos de ley para establecer los juicios por jurados, del mismo modo que toda forma de enjuiciamiento acusatorio-adversarial y la oralidad.

Con la sanción en nuestra provincia de la ley 1.908 en 1950, publicada el 21 de julio de 1951, se estableció el nuevo Código Procesal Penal que, elaborado por Alfredo Vélez Mariconde, inicia una política procesal judicial que resulta ser el germen de la transformación a un sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial como el que estamos transitando.

Si bien aparece como una forma mitigada del modelo inquisitivo, o como suele denominarse mixto, que por un lado, dispone que la investigación preparatoria sigue siendo escrita, mediante la instrucción formal y a cargo del Juez de Instrucción, pero instituye la oralidad frente a la escrituralidad, al dar paso al juicio oral, en un debate oral, que tiene como punto de partida que «[...] la oralidad no es más que la mejor forma de asegurar la vigencia de la inmediación [...]» **(VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 418)**, en el convencimiento de que «[e]l procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado de inmediación, es decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que deben basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador” **(VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 419; el destacado me pertenece).**

Entendiendo que «[m]ientras la inmediación es un principio lógico que debe privar siempre que sea posible, la oralidad es la forma o el procedimiento de investigación que permite realizar mejor la inmediación, porque “la palabra hablada es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano”, así como la forma escrita es una “especie de expresión inoriginal” o mediata del mismo, tanto que cuando la segunda es admitida, el acta se interpone, por así decirlo, entre el elemento de prueba (p. ej.; testimonio) y el Juez (de sentencia) que debe valorarlo” **(VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 419; el destacado me pertenece)**, con el pleno conocimiento y convencimiento de que “[...] el tipo escrito hace

factible la delegación de funciones que está en pugna con nuestro sistema de gobierno” (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit; p. 428).

A lo señalado debe sumarse que la experiencia judicial nos permite afirmar que la práctica lleva a una ley de hierro: a más escrituralidad, más concentración formal en los jueces y desconfianza a la intervención de las partes, pero con mayor delegación horizontal (en otros jueces) y vertical (en funcionarios u/o empleados) y menos intermediación. Para decirlo en otras palabras, una justicia sin rostro humano, burocratizada, impersonal, formal, delegada, lenta, pero eso sí, ¡¡¡escrita!!! A pesar de este gran vicio que genera, promueve y sostiene la escrituralidad, el expediente –método por excelencia de la cultura inquisitiva–, en una situación perfectamente conocida por todos los operadores del sistema de justicia, siempre tuvo y promovió la desconfianza a la oralidad y al sistema acusatorio, como la «[s]upuesta decisión precipitada» que se le atribuye.

Así, Alfredo Vélez Mariconde siguiendo a Chiovenda expresaba: «Se ha temido, en primer lugar [...] que el conocimiento, en el proceso oral, sea más superficial y la decisión resulte con facilidad precipitada; se ha puesto de relieve la cantidad de garantías que ofrecen los escritos, por la mayor precisión con que se expresa quien escribe, por la mayor ponderación con que pueden ser examinados» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 430).

Pero es esta imposibilidad de delegar en la oralidad, la que requiere que «[...] el juez pued[a y deba] estudiar el caso antes y no sólo después del debate. Naturalmente no se trata de que lo decida por anticipado –lo que sería una enormidad– sino de que conozca la acusación y el fundamento de la misma, con el objeto de que se coloque en todas las posibilidades fácticas a que el debate sea capaz de arribar» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 431).

Porque lo que ocurre, es que «[...] en definitiva, el procedimiento oral no determina un conocimiento superficial ni “alocadas precipitaciones” sino que, por el contrario, «[...] es evidente que este sistema de procedimiento es más exigente, tanto para el Fiscal y los defensores, como para los jueces. Exige mayor contracción al trabajo, por la sencilla razón de que el tribunal de juicio recibe la prueba y dicta sentencia después del debate [...] exige mayor ilustración y experiencia, pues los jueces siempre están apremiados por el tiempo.

Pero esto no es un defecto sino una ventaja, en cuanto el mismo sistema tiende a elevar el nivel de una capacidad que favorece la administración de justicia. Habrá, sin duda, un motivo más para cuidar la elección de los magistrados» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; p. 433/434, el destacado me pertenece).

Pero, por otro lado, este código también trajo como novedoso el juicio correccional, con la previa Información Sumaria y la Citación Directa y que es el punto de partida y el germen de las posteriores reformas con las que se ha ido avanzado desde 1999, con la **sanción del nuevo Código Procesal Penal mediante la ley 6.730 y las sucesivas leyes 7.692, 8.869, 8.896, 8.929, 9.040 y 9.106** –entre las más relevantes– hacia un sistema acusatorio–adversarial, mediante una firme y vigente política procesal judicial. Así, «[e]n caso de que se trate de delitos leves de fácil investigación, nada obsta a que se permita, excepcionalmente, un procedimiento de tipo puramente acusatorio, donde la citación a juicio público se produzca en virtud de un requerimiento del Ministerio Público (citación directa)» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit; p. 415).

Por eso el autor citado expresa que «empleé tan sólo la clásica denominación citación directa, en lugar de instrucción formal, para intitular el procedimiento abreviado que se autoriza con respecto a los delitos leves, mientras que en el texto se denomina simplemente información sumaria a la breve investigación que realiza el Ministerio Público para dar base a su acusación o al pedido de sobreseimiento o de prórroga

extraordinaria» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL LEY 1908 DE ALFREDO VELEZ MARICONDE; LIBRO SEGUNDO, TÍTULO IX, CITACIÓN DIRECTA).

Lo que «permite asegurar el máximo equilibrio entre los intereses que el proceso debe tutelar, pero no hay duda tampoco que, precisamente por esa perfección, retarda la marcha del proceso -también con perjuicio posible para ambos intereses- y le imprime al mismo, cuando es esencial e imprescindible etapa, una rigidez innecesaria que olvida el principio de política procesal de que es preciso adecuar el procedimiento a la magnitud de la infracción que se investiga» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1.908; LIBRO SEGUNDO, TÍTULO IX, CITACIÓN DIRECTA).

Es decir «se debe adecuar, en cuanto a su intensidad, a la importancia de la infracción que se investiga» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 412). Por eso apuntaba, «[s]i no computamos ambos factores -necesidad de garantía y máxima celeridad posible- llegaríamos a disciplinar un proceso uniforme para todo tipo de infracción: para juzgar un homicidio sería necesario desplegar la misma energía que para juzgar una contravención, lo cual no es conveniente ni razonable» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1.908; LIBRO SEGUNDO, TÍTULO IX, CITACIÓN DIRECTA).

Años después la complementará así: «No es necesario ni conveniente disciplinar un procedimiento uniforme para todo tipo de infracción, de modo que sea preciso desplegar la misma energía para juzgar un homicidio, un hurto y una contravención.

Por el contrario, es lógico adoptar la clásica tripartición, estableciendo un procedimiento para los delitos graves (competencia criminal), otro para los leves (competencia correccional) y otro para las faltas o contravenciones (que han de ser sustraídas a los funcionarios administrativos).

Y no basta que esa distinción incida en las formas del juicio plenario, para hacerlo más o menos frondoso; también debe referirse a la instrucción preparatoria» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 412).

«En cuanto a los delitos, es evidente que, en algunos casos, la instrucción jurisdiccional constituye una actividad exuberante e innecesaria, retardando inútilmente la marcha del proceso con formalidades que se pueden evitar.

Esto ocurre cuando se investigan delitos leves de fácil investigación, no sólo por la simplicidad de la prueba [...]» también «[...] a delitos graves: los cometidos en audiencias judiciales, ante jueces letrados, y los de falsedad de testimonio, pericia e interpretación. Condicionado siempre a la supuesta simplicidad de la investigación [...]» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; p. 412/413).

«En esta forma, que asegura una oportuna garantía jurisdiccional, y estableciéndose que la información sumaria sirve de base al requerimiento fiscal, se computan los factores: la conveniencia de simplificar y acelerar el procedimiento, evitando un desgaste inútil de energía jurisdiccional, cuando la simplicidad de los asuntos lo aconseje y ello no redunde en perjuicio de la defensa» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; p. 413).

En definitiva, de lo que se trata es de «que el esfuerzo jurisdiccional esté de acuerdo con la importancia del delito y la mayor o menor dificultad de su investigación» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1.908; LIBRO SEGUNDO, TÍTULO IX, CITACIÓN DIRECTA).

En cuanto al juicio correccional, es oportuno recordar que estuvo «[i]nspirado en el propósito [...] de dar a la ley procesal la mayor elasticidad posible, reduciendo las formalidades [...] sobre abreviación de términos, formas de recibir el juramento, apertura del debate, omisión de pruebas, discusión final y sentencia.

Son dos las previsiones que pueden tener mayor influencia en la simplificación a que se aspira: la posibilidad de omitir las pruebas que tienden a individualizar al acusado como partícipe del delito cuando confiese llanamente su culpabilidad, y la posibilidad de que el Tribunal dicte la sentencia inmediatamente

después de cerrado el debate, es decir, SIN NECESIDAD DE DELIBERAR en sesión secreta cuando considere que esto es innecesario. Ninguna de ambas facultades del Tribunal puede implicar un menoscabo de los intereses a tutelar. La primera está condicionada a la voluntad del Fiscal y de los defensores, mientras la segunda no excluye la necesidad de que la sentencia sea fundada, pues sólo autoriza –y la simplicidad de muchos casos lo justificará– a que LA DELIBERACIÓN SE LLEVE A CABO EN LA MISMA SALA DE AUDIENCIAS, y a que los fundamentos de aquélla se hagan constar en el acta de debate» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS; LIBRO TERCERO, TÍTULO II, JUICIOS ESPECIALES, el destacado me pertenece). Entonces, para poder interpretar el alcance del actual art. 408 del CPP, resulta imprescindible analizar, tanto el equivalente art. 428 de la ley 1908 que disponía «Terminado el debate, los jueces que hayan intervenido en él pasarán inmediatamente a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario, bajo pena de nulidad», como el que entonces se denominaba juicio correccional que correspondía para los delitos enunciados en el art. 371 CPP ley 1908, que se debían investigar mediante la información sumaria y que se procedía por citación directa (art. 437 del CPP, Ley 1908), como era el caso del falso testimonio que se juzgaba entonces en las Cámaras del Crimen con tres jueces y no sólo el juicio que se realizaba ante el juez correccional.

Razón por lo que expresamente se disponía en el art. 442 del CPP, ley 1908, que «La Cámara o el Juez Correccional podrán fijar un término prudencial a la exposición del Fiscal y de los defensores, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, de las pruebas recibidas y de los argumentos que probablemente se podrán hacer». Mientras que en art. 441 del CPP, ley 1908, se disponía que: «Cuando el acusado confiese circunstanciada y llanamente su culpabilidad podrá omitirse la recepción de la prueba que tienda a individualizarlo como partícipe del delito, siempre que estén de acuerdo el tribunal, el Fiscal y los defensores». A ello debe sumarse que en el art. 443, ley 1908, se decía que: «Si el Tribunal estimare que es innecesario deliberar en sesión secreta, podrá dictar la sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, haciéndola constar en el acta del mismo» (el destacado me pertenece).

A lo señalado debe sumarse que si bien la ley 6730, código procesal representó un avance al establecer la investigación penal preparatoria en manos del Ministerio Público Fiscal y habilitar los criterios de oportunidad y la necesidad del pedido del Fiscal para disponer la prisión preventiva, aunque mantuvo la escrituralidad, el expediente, la fragmentación material y el formalismo del Ministerio Público, la prisión preventiva inaudita parte, la discrepancia entre el Fiscal y el Juez, que resolvía el Fiscal de Cámara; por una parte, constituyó un serio retroceso al establecer la uniformidad en lugar de la proporcionalidad en la investigación (destinando la misma energía para un homicidio o un hurto simple o cuando es en flagrancia), como con la supresión de la esencia del juicio correccional y los casos de innecesidad de deliberación como el dictado de sentencia en forma oral, incluidos sus fundamentos; mientras que por otra parte, concurrente e inexplicablemente se alteró la disposición (el orden) de los términos (vocablos) del art. 428, ley 1908, al art. 408, ley 6730, transformando una buena práctica procesal normativizada bajo sanción de nulidad exclusivamente cuando se trataba de colegio de tres jueces a la deliberación cuando concurriera otra persona que no fuera el correspondiente secretario, a un «rito» (procesal), como repetición invariable del acto o ceremonia procesal que se trasladó por costumbre y sin medir su necesidad o su razonabilidad, a juicios unipersonales (incluso correccionales) y juicios abreviados (en colegio o unipersonales) aún en casos de flagrancia, delitos menores, simplicidad probatoria, hasta, increíblemente, cuando el fiscal se abstenía de acusar y/o solicitaba la absolución.

Pero lo más grave no fue ese «rito» vacío, que en un número muy importante e innecesario de casos que, incluso algunos jueces trasladaron cómo practica a autos como la suspensión del juicio a prueba, que

afectaban los principios procesales de celeridad, de economía procesal, inmediatez y de la mejor utilización de los recursos y el tiempo para un buen servicio de justicia, sino que con ello se mantuvo, promovió y acrecentó la delegación en funcionarios y empleados, no sólo de la redacción de la resolución, sino del control de las actuaciones para su dictado; y como se delega, se promueve directa o indirectamente la cultura del relajamiento de los jueces en cuanto a conocer el caso, prestar el máximo de atención durante la audiencia oral, a concentrarse y resolver inmediatamente cuando es conveniente y posible. Aquella REGLA de la proporcionalidad según la cual «el esfuerzo jurisdiccional esté de acuerdo con la importancia del delito y la mayor o menor dificultad de su investigación», con más el sistema acusatorio (información sumaria, Citación Directa y Juicio Correccional) y la oralidad (debate oral) que fue guía para Vélez Mariconde al elaborar el CPP sancionado con la ley 1908 que fuera abandonada por la ley 6730, fue aplicada en la ley 7.692 que incorporó los arts. 439 bis, ter y quater que consagró el Procedimiento de Flagrancia, donde con toda claridad podemos observar que se plasma en la audiencia de finalización el fiscal formulará la acusación oralmente y luego de los alegatos y planteos de las partes acto seguido, el Juez de Garantías dictará sentencia, notificándose su parte resolutive (art. 439 quater, ley 7.692).

Pero es a partir de la ley 8.869 que reguló la prisión preventiva, donde se retoma aquella política judicial procesal (proporcionalidad/ acusatorio/oralidad) incorporada al CPP LEY 6.730- CPP LEY 1.908 y se la profundiza a todo el sistema procesal y como acusatorio-adversarial. Así, se estableció que con el pedido del fiscal se debe disponer audiencia oral con intervención del imputado, su defensor y citación a la víctima; y el «juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente» y se debe escrituralizar la parte esencial del auto de prisión preventiva; y el mismo procedimiento «deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295)» (art. 294 ley 6730/8869).

Posteriormente, con la ley 8.896 se extendió la política judicial procesal oralidad/proporcionalidad/acusatorio a «todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial que se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua, donde no se permiten la lectura de memoriales y luego de oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el artículo 155» (art. 362 CPP Ley 6730/8896).

Mientras que en el art. 155 CPP Ley 6730/8896 se dispone «en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario». Ya con la ley 9.040 el Poder Legislativo profundiza la política judicial procesal al separar definitivamente la función administrativa a cargo de la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) de la jurisdiccional de los jueces agrupados en Tribunales Penales Colegiados y Juzgados penales Colegiados, quienes deben ejercer la funciones jurisdiccionales exclusivamente y para evitar la delegación de sus funciones y que asuman las administrativas entre diversas normas se establece que «los jueces no dictarán instrucciones de carácter administrativo, ya sean generales ni particulares, no delegarán tareas jurisdiccionales en los integrantes de la OGAP, ni modificarán los procedimientos administrativos dictados por esta última» (art. 11).

Además, se dispone la reforma de normas procesales como las que regulan la audiencia preliminar donde: los planteos de solución del conflicto, acuerdo reparatorio o reparación integral, suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado «se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto» (art. 364 CPP); o las nulidades y excepciones «las que serán tramitadas oralmente en

el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral» (art. 366 CPP). En el Procedimiento Correccional, en la audiencia de debate, luego de cerrado el debate el juez «podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración» (art. 417 quinquies CPP).

Mientras que en el Procedimiento de Flagrancia en la Audiencia de Finalización se mantuvo que «el Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente pero luego de cerrado el debate el juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común» (art. 439 quater CPP). Y finalmente, en el art. 85 de esta ley se dispone que «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes». En consecuencia, resulta evidente la política procesal penal judicial en la Provincia. Finalmente, con la ley 9.106 que estableció el enjuiciamiento constitucional por excelencia: el juicio por jurados. Con lo cual se definió la estructura de enjuiciamiento (investigación y juicio) de cinco categorías que responden a la REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA ENERGÍA O ESFUERZO JURISDICCIONAL QUE DEBE ESTAR DE ACUERDO Y EN RELACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA INFRACION Y LA DIFICULTAD DE LA INVESTIGACIÓN Y NECESIDAD ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE JUSTICIA.

Entonces tenemos que: en primer lugar la máxima expresión de garantía y plena realización del enjuiciamiento público y juzgado por sus pares, el juicio por jurados, con una investigación penal preparatoria; en segundo lugar, el juicio común (en colegio de tres jueces o unipersonal) con una investigación penal preparatoria; en tercer lugar el procedimiento correccional con una previa información sumaria; en cuarto lugar el procedimiento de flagrancia con una previa y simple formación de actuaciones; y en quinto lugar el juicio abreviado (inicial o final o dentro del marco de la investigación o de cualquier de las formas de las otras formas de enjuiciamiento) cuando exista acuerdo del imputado y su defensor con el fiscal. A ello, debemos agregar que en el marco constitucional provincial dispone el principio según el cual «[l]os procedimientos ante todos los Tribunales de la Provincia serán públicos, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral, la seguridad o el orden social» (art. 146 de la Constitución de Mendoza). Si bien la idea de lo público admite dos significados:

- a) según se contraponga a privado, como en la clásica distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*, transmitido por los juristas romanos, como perteneciente a la “cosa pública” o al “Estado”; o,
- b) se lo confronte a secreto, en el sentido de “manifiesto”, “claro” o sea, precisamente como poder visible; es precisamente que en nuestro Contrato Social se adscribe a la segunda, porque depende de la mayor visibilidad, cognoscibilidad y por lo tanto, la controlabilidad de los actos de quien ejerce el poder, porque contiene la máxima «todas las acciones relativas al derecho de otros hombres [entiéndase, mujeres o varones], cuya máxima no es susceptible de publicidad, son injustas» (Kant).

Es decir, tenemos que «el gobierno de la democracia puede definirse como el gobierno del poder público en público» (BOBBIO, Norberto; “El futuro de la democracia”; Plaza & Janes editores; España; 1985). Por otra parte, los arts. 411 y 412 del CPP expresan, por un lado qué debe contener la sentencia y, por el otro, cuándo debe ser redactada, protocolizada y su lectura, donde encontramos la posibilidad de «diferir la redacción» ante la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora. La primera define el carácter y contenido de los votos de los jueces «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se

basen», que no deben ser para lucimiento personal, ni para satisfacción académica, sino para prestar el mejor y más eficaz y eficiente servicio de justicia. Mientras que con la segunda se mantiene: «Con respecto a la forma de dictar sentencia, se han emitido opiniones adversas al sistema -para el art. [...], excepcionalmente leer la parte resolutive después de la deliberación y postergar la lectura completa de aquélla cuando la complejidad del asunto o avanzado de la hora exijan mayor tiempo para su redacción» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1.908, LIBRO TERCERO, TÍTULO I, JUICIO COMÚN).

«No hay duda que en este punto se confunde la sentencia como acto lógico con la sentencia como documento, y entonces resulta que al juzgador se le imputa la obra inconcebible de emitir un juicio sin fundamentos, de dictar un fallo sin tener las premisas que lo determinan, de suerte que éstas se acoplarían después del aquel» (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1.908, LIBRO TERCERO, TÍTULO I, JUICIO COMÚN) (el destacado me pertenece).

Esta acertada distinción de Alfredo Vélez Mariconde entre la sentencia como acto lógico de la sentencia como documento resulta esencial para poder comprender porqué un juez puede dictar sentencia inmediatamente de cerrado el debate, sin deliberar, incluso si se trata de un Tribunal colegiado. Sencillamente, porque la inmediación, la concentración de actos y continuidad sucesiva de audiencias, permite al juez capacitado que ha intervenido con el máximo de constrictión y atención dictar sentencia, incluso con exposición oral de los fundamentos, pero si por la complejidad del o de los casos sometido a debate o la prueba requiere deliberación puede disponer deliberar y luego dictar sentencia en forma oral o escrita, en un solo acto o documento o dictar los fundamentos dentro del plazo previsto por el art. 412 del CPP. En definitiva, el sistema normativo procesal y la política judicial procesal penal definida en el transcurso en la evolución legislativa, tenemos que la oralidad se sustenta en los principios de inmediación, inmediatez, concentración, continuidad (evitando suspensiones innecesarias o superfluas), no sólo con relación a las partes con el juez, sino fundamentalmente del juez y las partes frente a la sociedad. Por todo lo señalado, considero que en el caso en análisis se advierte que se ha cumplido materialmente con todo lo necesario previsto por el CPP para el dictado de una sentencia y dentro de lo autorizado para el juez, según la política judicial definida; por lo que el agravio expuesto por la defensa no puede prosperar.

b-Valoración de la prueba.

b.- Ahora bien, respecto de la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de la instancia anterior, entiendo que el recurrente, en verdad, realiza una reiteración de su teoría del caso, expresada al momento de formular los alegatos.

En efecto, su particular posición en relación con los hechos ha sido correctamente contestada por el tribunal de juicio en la sentencia analizada y que corresponde sea validada.

Es que la teoría del caso del recurrente no se encuentra respaldada por los elementos de prueba y, como veremos a continuación, no hay buenas razones para siquiera dudar de la responsabilidad del Colaiacovo por la muerte de Marianela Pulitti y las lesiones sufridas por Maximiliano Soria.

Es que, más allá de la responsabilidad que pueda tener el funcionario policial en el ámbito administrativo –o aún penal–, con base en el desempeño de su función al no retener el vehículo en el que se trasladaban los tres jóvenes, lo cierto es, que ello no repercutiría en el juicio de responsabilidad que pesa sobre Colaiacovo, quien no fue autorizado a continuar con la conducción del rodado, ni a retomarla.

Conforme el testimonio brindado por Maximiliano Soria, Marianela Pulitti le insistió al policía actuante que le dejara conducir a este último, pues era quien estaba menos alcoholizado. Sin embargo, una vez que volvieron a emprender la marcha, Colaiacovo buscó retomar el mando de su auto desde el asiento

trasero, insultando a Maximiliano Soria, molestándolo y accionando el freno de mano. Una maniobra que detuvo al auto y provocó que Marianela Pulitti y Maximiliano Soria descendieran del coche en una parada de ómnibus. Colaiacovo entonces volvió a emprender la marcha y a los pocos minutos regresó a buscar a los dos jóvenes, dándole el mando del coche a Marianela Pulitti.

No obstante, continuó con maniobras para volver a recuperar el control del vehículo, logró pasarse al lugar del conductor y la joven volvió al lugar del acompañante. Ello generó discusiones y peleas, entre las que Colaiacovo en un momento le manifestó a Marianela Pulitti «¿quierés matarte? ¡matate!», y aceleró el coche a una velocidad de 140 km/h, atravesando un semáforo con luz roja y perdiendo el dominio del rodado. Este hecho se encuentra probado con base en: el testimonio de Maximiliano Soria, testigo directo del hecho; el dosaje de alcohol que arrojó al momento de labrarsele el acta de infracción de tránsito a las 6:33 hs. un resultado de 2.13 mg/l para Colaiacovo; el acta de monitoreo de las cámaras de seguridad; y, los informes técnicos practicados en orden a determinar la velocidad del rodado al momento del siniestro (véase en detalle fs. 465 vta./466 de la sentencia).

Finalmente, tampoco es correcta la idea de que la retención del carnet de conducir o la ausencia de tal retención –con base en el contenido del acta labrada en el control policial– deba modificar los hechos fijados en orden a su correcta interpretación.

c-Calificación legal.

c.- En tercer lugar, la defensa despliega una doble estrategia argumentativa con la pretensión de modificación de la calificación jurídica del homicidio y las lesiones de dolosas a culposas.

Para ello, ataca la aplicación de los **precedentes «Sanhueza» y «Quiroga Morales»** llevada a cabo por el tribunal de juicio, así como la subsunción de los hechos dados por probados en tanto típicos de dolo eventual. Respecto de lo primero, sostiene que las consideraciones vertidas en dichos precedentes no son de aplicación al caso de autos, en tanto allí se realizaría un tratamiento acotado exclusivamente a los casos de conducción antirreglamentaria profesional.

Bien, en relación con este primer argumento, debe descartarse en tanto en los **precedentes «Sanhueza» y «Quiroga Morales»** se establecen los lineamientos para determinar cuándo un hecho puede ser atribuido a título de dolo.

Si bien es cierto que ambos casos se refieren a hechos llevados a cabo por choferes profesionales, el marco teórico allí desplegado –en sus diversas variantes– en nada obsta a ser aplicado al caso de una conducción no profesional. Ello, sin dejar de tener en cuenta que la teoría del delito es un instrumento conceptual que posibilita aplicar racionalmente la ley a un caso concreto, proveyendo un método analítico para el planteamiento y la resolución de los problemas que plantea la aplicación de la ley penal.

Por esta razón es un error identificar a la teoría del delito con la ley penal.

En efecto, su utilización para la solución de los casos, debido a la multiplicidad de opciones que provee como sistema, exige máxima prudencia por parte jueces abogados y fiscales (en esta línea, véase mi toma de **postura en «Blas, Macho»**).

Así, no es correcta la objeción de la defensa en contra de la construcción asumida por la jueza para construir el dolo eventual. Inicialmente, se advierte que la defensa no concreta el agravio y realiza consideraciones abstractas que no explican cuál es el límite existente entre el dolo eventual y la culpa con representación que el juez ha de respetar y por qué en este caso se ha traspasado.

Cuando el recurrente habla de la delimitación entre dolo y culpa formula la problemática de modo impreciso. Por otro lado, aun en el caso de que el juzgador se hubiese inclinado por adoptar una teoría

cognitiva-volitiva para resolver el caso, este criterio no hubiese arrojado una solución distinta a la alcanzada por el juzgador en relación con el aspecto subjetivo del hecho.

En efecto, el comportamiento de Colaiacovo al momento del siniestro permite apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se trasladaban junto con él. En definitiva, en relación con la crítica del recurrente, no existe incompatibilidad alguna con los principios constitucionales que rigen la materia penal, ni tampoco, con los lineamientos sentados por este Tribunal en los **precedentes «Sanhueva» y «Quiroga Morales»**.

Se encuentra acreditado que Colaiacovo conducía con más de dos gramos de alcohol en sangre, que transportaba a dos personas, que retomó el dominio del volante en dos ocasiones desconociendo las advertencias de sus acompañantes, así como la orden policial y, que llegado a un semáforo con luz roja, aceleró hasta alcanzar una velocidad de 140 km/h y perder el dominio del rodado. Ello es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probado en las constancias de la causa.

Todo lo cual fue correctamente advertido por el tribunal de juicio (ver al respecto fs. 472 vta). De este modo, está fuera de duda que de las constancias de la causa se desprende que junto con la representación del resultado se ha verificado el elemento volitivo, el “consentimiento”, “aprobación” o “estar de acuerdo” de Colaiacovo en relación con la (eventual) producción del resultado de muerte y lesiones.

En efecto, esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta a mi entender en el aumento de velocidad momentos antes de la total pérdida de control sobre el rodado, haciendo caso omiso al semáforo en rojo y espetándole a la víctima «¿Querés matarte? ¡Matate!».

Todo ello más allá –reitero– de las advertencias de los dos acompañantes para que disminuyera la velocidad y de la autoridad policial en el control de tránsito para no retomar el control del rodado.

En definitiva, los aspectos volitivo y cognitivo referidos se han verificado en el caso de autos lo que permite fundamentar una imputación subjetiva dolosa a título de dolo eventual.

Pues bien, ahora me interesa realizar una breve consideración en relación con la crítica defensiva a la interpretación de la ley 27.347 realizada por el tribunal de juicio. Al respecto, y en síntesis, la defensa plantea es que esta ley considera culposas a las lesiones o muertes causadas por los conductores de vehículos en determinadas circunstancias –alcoholemia, exceso de velocidad o traspaso de semáforos en rojo–, las cuales se verificarían en el caso de Colaiacovo.

Sin embargo, como sostuve en «Sanhueva», donde analicé el alcance de la reforma introducida por la ley 27.347, el legislador no tuvo la intención de sustraer de la figura dolosa supuestos como el presente. La defensa se limita a transcribir in extenso la exposición de motivos que precede a la sanción de la norma en el discurso de la entonces diputada Bullrich (fs. 501 vta./502), el cual se inserta en una compleja discusión parlamentaria que, en el marco de numerosas iniciativas legislativas, precedió a la sanción de la ley 27.347. De tal manera, la propuesta de la defensa no puede prosperar.

Por un lado, porque el alcance de una ley debe realizarse mediante una interpretación sistemática y armónica del conjunto de las normas del ordenamiento jurídico.

Y, por otro lado, porque una aproximación hermenéutica al sentido de una norma no puede realizarse al margen de los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad, así como los lineamientos básicos de la teoría del delito.

Si bien el tribunal de juicio no realiza un tratamiento exhaustivo del sentido de esta ley, lo cierto es que descartó lo pretendido por la defensa con base en una sencilla razón que estimo contundente: en el

presente caso no nos encontramos frente a un proceder culposo, sino a uno doloso –el que, como advertí, ha sido suficientemente motivado en los hechos y el derecho–.

Por ello, no corresponde aplicar las figuras establecidas en los arts. 84 bis y 94 bis del CP reformados por la ley 27.247, en tanto entran en consideración cuando se trata de un comportamiento previamente encuadrado en el ámbito de la culpa.

d- Conclusión.

d.- Con base en las consideraciones precedentes, entiendo que el recurso defensivo debe ser desestimado y confirmada la sentencia del tribunal de juicio. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 489/503 vta. por la defensa técnica de Javier Ivan Colaiacovo Ruggeri.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

8- GUZMAN ZALAZAR. 28-04-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=519>

Lex: Art. 79, 34 inc. 5°, 35 y 84 del CP. Art. 72 inc. 1°, 79, 475 inc. 2° del CPP.

Vox: Homicidio Culposo. Cumplimiento legítimo de un cargo. Exceso. Recusación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional e inhabilitación especial por siete años como autores del delito de homicidio en exceso del cumplimiento legítimo del cargo (arts. 79, 34 inc. 5, 35 y 84 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia N° 646 por considerar que existen vicios in procedendo y cuestiona la valoración probatoria.

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

La **defensa** interpone incidente de recusación contra los Dres. Adaro y Palermo toda vez que –según entiende– ambos habrían tomado intervención en el expediente para resolver dos cuestiones previas, producidas antes de llevarse a cabo el segundo debate.

La **SCJM** rechazó in limine el planteo de recusación y rechazó el recurso de casación y, en consecuencia, confirmó la sentencia N° 646, dictada por el TPC.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 646, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 237:387; 240:123 y 429; 246:159; 252:177; 270:415; 280:347; 291:80; 322:720
- “Partido Socialista Democrático y Socialista Popular c/ Santa Fe” <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-partido-socialista-democratico-socialista-popular-santa-fe-provincia-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa03000197-2003-11-17/123456789-791-0003-0ots-eupmocsollaf?>
- “Pérez Adrián s/ presentación”

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

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04879396-1/1((018602-28130)) FC/ GUZMAN ZALAZAR DIEGO DOMINGO P/ HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO REAL C/ INCUMPLIM. DEBERES FUNCIONARIO PUBLICO (28130) (28130/14) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963557*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04879396-1/1 caratulada "F. C/ GUZMÁN ZALAZAR, DIEGO DOMINGO P/ HOMICIDIO CULPOSO CONCURSO REAL ... S/ CASACIÓN".

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

El acusado Diego Domingo Guzmán Zalazar y su defensa técnica interponen recurso de casación contra la sentencia N° 646, mediante la que se lo condenó a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial por siete años como autores del delito de homicidio en exceso del cumplimiento legítimo del cargo (arts. 79, 34 inc. 5, 35 y 84 del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-28.130/14.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «el día 14 de marzo de 2014, siendo aproximadamente las 21.45 hs. en el callejón continuación de calle Clark, ubicado entre Boulogne Sur Mer y callejón Las Tipas, de la Ciudad de Mendoza, aproximadamente a la altura del costado sur del Mendoza Tennis Club, en momentos en que personal del Cuerpo de Infantería General Manuel Belgrano de la Policía de Mendoza, dependiente del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Mendoza, procedía a la desconcentración con material antidisturbios de las personas que habían concurrido al partido de fútbol que debía jugarse entre Independiente Rivadavia e Instituto de Córdoba, en el Estadio Bautista Gargantini, el Auxiliar Diego Domingo Guzmán Zalazar, que hacía parte de un pelotón del mencionado cuerpo de Infantería, disparó con una pistola lanza gas un gas lacrimógeno, en forma recta, a la altura del hombro hacia el lugar donde se encontraban Lucas Gastón Carrazco Espina junto a otras personas, impactando el proyectil disparado por Diego Guzmán en la cabeza de Lucas Gastón Carrazco Espina, provocándole lesiones de tal gravedad en su cabeza que le causaron el 16 de marzo de 2014 la muerte, por hemorragia sub aracnoidea por traumatismo encéfalo craneano» (fundamentos, fs. 1770 vta./1771).

Para así decidir, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones de Mariano Carrazco, Viviana Espina, Matías Shimura, Tomás Garro, Sergio Larraya, de los testigos de identidad reservada A, B, C y D, de la Oficial Jéssica Livellara, del Inspector Jesús Ontiveros, del Sargento Humberto Tatge, del Cabo Ricardo Aruani, del Auxiliar Eber Garro, del Inspector Gabriel González, del Auxiliar Jonathan Ortiz, del Auxiliar Primero Walter Valdez, del Principal Cristian Biluron, del Inspector Roberto Rizzo, del Subcomisario Juan Manuel Sepúlveda, del Dr. Carlos Sánchez, del Dr. Jorge Atencio, del Dr. Fabián Cremaschi y del Dr. Barrera del Cuerpo Médico Forense. Asimismo, ponderó la partida de defunción de fs. 671, la historia clínica del

Hospital Central de fs. 92/110, la historia clínica del Hospital Lagomaggiore fs. 114/134, la necropsia incorporada a fs. 213/215, la constancia de llamada al 911 de fs. 1422, las copias del Libro de Novedades del Cuerpo de Infantería General Manuel Belgrano agregadas a fs. 327/329, el informe del Ministerio de Seguridad de fs. 159/162, el informe del Comisario Rómulo Díaz de fs. 204/207, el informe del Comisario General Miguel Mestre de fs. 246/249, el acta de procedimiento de fs. 1, la carta de situación agregada a fs. 186/196, las copias del Libro de Novedades de la Unidad Policial Motorizada de acción rápida agregadas a fs. 296/303, las copias del Libro de Novedades del Cuerpo de Policía Montada glosadas a fs. 306/310, los audios transliterados por Gendarmería Nacional agregados a fs. 1410/1451, el informe de suceso de fs. 225, el informe de Policía Científica de fs. 1386/1388, la pericia balística de fs. 1357/1380 y la pericia médico legal de fs. 1620/1621.

2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Guzmán Zalazar

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

Así, la defensa del imputado cuestiona la afirmación del tribunal de la instancia previa referida a que la muerte de Lucas Carrasco se produjo como consecuencia de la lesión producida por el impacto de un cartucho de pistola lanzagas disparado por el imputado.

En ese orden, considera que se ha efectuado una errónea valoración del material probatorio y se ha omitido considerar prueba dirimente, puesto que el contexto en el que tuvieron lugar los hechos abre una clara gama de posibilidades en cuanto a las causas de muerte de Carrasco. Así, sostiene que existe una serie de cuestiones que impiden llegar al juicio de certeza que fundamenta la condena,. Así, señala que: a) tanto Carrasco como los testigos de identidad reservada se encontraban inmersos en la convulsión social acreditada en autos; b) ese marco de conflicto determina la posible intervención de otras personas –distintas de Guzmán– en la causación del resultado; c) la ubicación de los testigos y de Carrasco en la situación conflictiva influye en la percepción que los mismos tuvieron del hecho; d) el contexto aludido no sólo determinó la actuación policial, sino la generación de otros factores que pudieron ocasionar la lesión de Carrasco –lo que surge de la pericia médico legal, la pericia neurológica y las distintas pruebas realizadas para determinar la energía generada por el disparo de una pistola lanzagas, e, inclusive, la necropsia–. Expresa el recurrente que no es una cuestión menor que la presunta víctima, su hermano y los testigos de identidad reservada permanecieran deliberadamente en el lugar en el que se estaban produciendo graves disturbios.

Agrega que de tal situación surgía en forma evidente la situación de peligro y previsible las graves consecuencias que se generaron. Cuestiona la declaración del testigo de identidad reservada A al justificar su presencia en el lugar. Al respecto, el letrado defensor entiende que esta última no responde a un motivo legítimo y hace plausible que los testigos hayan tenido alguna participación en los disturbios. En relación con el testigo de identidad reservada B, expresa que el a quo no tuvo en cuenta que aquél mencionó que Lucas Carrasco se encontraba parado –posición estática– en el lugar del hecho, al igual que el testigo de identidad reservada D. Con base en ello, considera que el tribunal debió valorar que: a) existía una férrea voluntad de Carrasco de permanecer en ese contexto;

b) que no es creíble la afirmación de los testigos, puesto que en medio de disturbios y corridas es poco probable que alguien conserve una posición estática; y c) el elemento productor de la lesión pudo ser cualquier objeto. Asimismo, sostiene que el sentenciante omitió ponderar que los testigos de identidad reservada ya habían estado en el estadio donde se produjeron los hechos, en otros disturbios, por lo que conocían cabalmente cuáles eran las vías de escape y el proceso de desalojo. En función de ello, considera

que tanto los testigos, como Carrasco, tuvieron una clara percepción de la situación de conflicto y, pudiendo sustraerse de ella, no lo hicieron. Expresa que el tribunal no valoró la declaración testimonial de Federico Plaza (agregada a fs. 77), conforme la cual se sitúa a la presunta víctima en el núcleo del contexto litigioso.

Tampoco que las personas que lo asistieron no manifestaron que la lesión había sido producida por un disparo, sino que «le habían partido la cabeza», y que la aparición de Carrasco se produjo luego del enfrentamiento y del arrojo de piedras, en un lugar distinto –calles Clark y Huarpes– al que el tribunal entendió como aquél en que se produjo la lesión –Clark y Boulogne Sur Mer–. Por otro lado, sostiene que el a quo tuvo por acreditado que Lucas Carrasco sufrió un golpe en su cabeza, en medio de los disturbios, provocado por el disparo ejecutado por Guzmán con una pistola lanzagas; y que, para ello, dio preeminencia a las declaraciones de los testigos de identidad reservada y del hermano de Carrasco por sobre las declaraciones de los funcionarios policiales y de las pruebas periciales, sin explicar satisfactoriamente por qué. En tal sentido, expresa que de la pericia llevada a cabo por el Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina, de la UNCuyo, y de la declaración de unos de los profesionales que realizó –Dr. Mazziotti– durante la audiencia de debate, surge de manera categórica que no era posible que la herida sufrida por Carrasco hubiese sido producida por una pistola lanzagas. Ello teniendo en cuenta el tipo de herida que éste presentaba y la ausencia de fractura en la estructura craneal. En esa línea de razonamiento, pondera también la energía producida por el disparo de la pistola lanzagas, de acuerdo a las constancias de la pericia balística obrante a fs. 1357/1380, y concluye que el cartucho nunca pudo ser el objeto causante de la lesión de Carrasco, puesto que no se verificó en su cráneo ninguna fractura o hundimiento, lo que no fue meritado –según entiende– por el sentenciante.

Agrega el recurrente que, a pesar de lo sostenido por los acusadores público y privado y por el a quo, no existe coincidencia entre lo que sostuvo el Dr. Barrera y el equipo de peritos que llevó a cabo la pericia médico legal. Ello, en tanto el Dr. Barrera en el segundo debate afirmó una serie de conclusiones distintas a las que expresó en el informe pericial de necropsia, lo que no resulta admisible, puesto que no se trata de un testigo sino de una tarea basada en el rigor científico.

En tal sentido, expresa que la conclusión expresada por el Dr. Barrera en la necropsia descartó que la lesión que presentaba Carrasco hubiera sido producida por el impacto del cartucho de una pistola lanzagas; y que, en el segundo debate, modificó dicha conclusión sin llevar a cabo una nueva labor pericial, lo que priva a su tarea de eficacia convictiva y la convierte en nula por ser autocontradictoria, por imperio del art. 255 del CPP. Que, como consecuencia de la nulidad antes descripta, debió tenerse en cuenta la labor desarrollada por los Dres. Mazziotti, Saracco y Casetti, según la cual el impacto de la pistola lanzagas necesariamente habría producido una rotura en el cráneo de Carrasco, lo que no se verificó en autos. Agrega que también debería haber provocado quemaduras, circunstancia que no se comprobó en la persona de la presunta víctima.

Asimismo, el recurrente analiza la distancia desde la que se realizaron los disparos y la ubicación de la víctima, y señala que ése es un punto oscuro en la sentencia, ya que nunca pudo ser determinado. Sostiene también que la presencia de partículas de pólvora en las ropas que vestía Carrasco no autoriza a sostener que las mismas provengan del contacto físico y directo con el cartucho; puesto que la exposición de las prendas a un ambiente contaminado con gas lacrimógeno genera la fijación de partículas de pólvora, cuya presencia es captada por el mecanismo, conforme surgió de la prueba de experiencia realizada a pedido de esa defensa el día 25 de febrero de 2019, en la ripiera Macola. Desde otro aspecto, cuestiona la hora en que el tribunal consideró que se produjo el disparo.

En ese sentido, sostiene que los tiempos tenidos en cuenta por el a quo se basan en un recorrido peatonal entre dos puntos de distancia efectuado a una marcha promedio –informe de policía científica de fs. 1386/1388–, pero ese no es el ritmo que llevaron los testigos de identidad reservada que iban cargando a Carrasco herido hasta llegar al lugar en que subieron a un taxi, por esas especiales circunstancias. Entiende que la eficacia conviccional que el sentenciante le ha otorgado a las declaraciones de los testigos civiles se funda en la inmediación al producirse la pericia balística y la prueba de experiencia en la ríperia Macola.

Sin embargo, considera que las circunstancias en que se llevaron a cabo estas medidas resultan equivalentes, puesto que el hecho investigado se produjo de noche, con una luminosidad atenuada, y los procedimientos aludidos en horas del día, con plena luz solar, sin presencia de gas lacrimógeno y con el espectador situado en una posición estática. Asimismo, señala que estos testigos han modificado sus declaraciones a los largo del proceso sobre aspectos que resultan esenciales, lo que determina que sus afirmaciones no resulten creíbles y se suma a la circunstancia de que su capacidad de percibir se ha visto afectada por los efectos de los gases lacrimógenos. El recurrente expone su último núcleo de agravios en orden al resultado muerte y a su causa generadora. Al respecto, sostiene que la afirmación del tribunal referida a que la hemorragia que sufrió Carrasco –según la necropsia llevada a cabo por el Cuerpo Médico Forense– es producto del impacto de un objeto romo en su cráneo. En tal sentido entiende tal afirmación no encuentra sustento ni en la historia clínica del Hospital Lagomaggiore ni en la pericia neurológica. Relata que la hemorragia recién aparece en la tomografía que se le realizó a Carrasco en el Hospital Central el día siguiente –15/03/2014–, por lo que considera que la misma no fue provocada por el traumatismo sino por otra circunstancia. Funda tal afirmación en que el perito Cremaschi indicó que la escala del Glasgow evolucionó favorablemente y que no es clínicamente posible que esa escala mejore si existe una hemorragia cerebral en curso, y que esta circunstancia no ha sido valorada por el a quo. En función de ello, sostiene que el impacto del objeto romo provocó una lesión en Lucas Carrasco que requirió sutura, pero no generó hemorragia alguna ni pérdida de conocimiento; y que la hemorragia que padeció con posterioridad fue repentina y súbita a partir de las convulsiones que sufrió el día 15 de marzo, ello conforme a la seria probabilidad que sostuvo el Dr. Cremaschi y la historia clínica del Hospital Central. Asimismo, sostiene que la propia víctima refirió consumo de sustancias lícitas –informe de fs. 133– lo que puede haber incidido en la producción de convulsiones y que el Dr. Barrera no contó con las historias clínicas aludidas al momento de realizar la necropsia, lo que le impidió conocer las circunstancias descriptas y lo llevó a asignar a la hemorragia el carácter de traumática. En consecuencia, afirma que si el tribunal hubiese considerado los extremos descriptos hubiese llegado a una conclusión distinta, por lo que entiende que el acto sentencial debe ser revocado.

4.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar el recurso de casación bajo estudio, en tanto el recurrente, utilizando los mismos razonamientos que fueron esgrimidos ante el Tribunal Penal Colegiado, pretende una resolución distinta con base en los mismos argumentos que fueron tratados por el sentenciante.

Agrega que no existe arbitrariedad en la sentencia recurrida, en razón que la valoración probatoria se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional y que se ha efectuado una correcta aplicación del derecho sustantivo, por lo que corresponde su confirmación en esta instancia.

5.- Incidente de recusación deducido por la defensa de Diego Guzmán Zalazar

Luego de ser notificado de la integración de este Tribunal y de la fecha fijada para que tuviese lugar la deliberación en la presente causa, la defensa del acusado Diego Guzmán Zalazar interpone incidente de recusación contra los Dres. Mario Adaro y Omar Palermo. Funda su planteo en lo normado por el art. 72, inc. 1 del CPP y en la doctrina de la Corte Federal sentada a partir de los **precedentes “Llerena” y “Fraticelli”**, toda vez que –según entiende– ambos habrían tomado intervención en el expediente para resolver dos cuestiones previas, producidas antes de llevarse a cabo el segundo debate.

Señala que la primera de esas oportunidades estuvo constituida por las cuestiones de competencia que se suscitaron entre la Segunda y la Tercera Cámara del Crimen, una vez que se había declarado la nulidad del primer debate; y la segunda, cuando se dedujo recurso de casación promovido por la anterior letrado defensor como consecuencia de la sucesión procesal del querellante particular.

Considera que, si bien mediante aquellas intervenciones no se ha dictado sentencia, los magistrados recusados necesariamente han tomado conocimiento de las actuaciones, lo que se adecua a los casos resueltos por la CSJN citados con anterioridad. En función de ello y a fin de preservar la garantía de imparcialidad que asiste al imputado, solicita que los Dres. Mario Adaro y Omar Palermo no intervengan en la resolución de la presente causa.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde no hacer lugar a la recusación deducida a fs. 1904 y rechazar sustancialmente el recurso de casación que fuera deducido por Diego Domingo Guzmán Zalazar y fundado en derecho por su defensa técnica, por los motivos que a continuación se exponen.

Incidente de recusación

6.1.- En forma preliminar, corresponde expedirse en relación al incidente de recusación deducido por la defensa técnica del acusado.

En este sentido, debe señalarse que la notoria improcedencia del planteo habilita a su rechazo de plano (al respecto CSJN, Fallos 237:387; 240:123 y 429; 246:159; 252:177; 270:415; 280:347; 291:80; 322:720) por este mismo Tribunal (CSJN, “Partido Socialista Democrático y Socialista Popular c/ Santa Fe” y “Pérez Adrián s/ presentación”).

En efecto, la evidente improcedencia de la pretensión no puede prosperar por diversas razones.

La primera vinculada a su interposición extemporánea. La segunda, y más allá de la cuestión formal, por no encuadrar la situación descrita en la norma procesal que invoca.

En relación con lo primero, hay que destacar que el art. 79 del CPP dispone que la recusación «deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad [...] cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468)».

Es decir que, una vez radicada la causa en el tribunal de impugnación y emplazadas las partes a fin de que ejerzan sus facultades, será el momento procesal para que interpongan las objeciones que estimen pertinentes en relación a los integrantes del Tribunal.

En la caso que nos ocupa, tal emplazamiento y su respectiva notificación se produjo en fecha 05/11/2019, conforme surge de las constancias de fs. 1885 y vta. de autos, sin que se haya deducido ninguna incidencia hasta la presentación obrante a fs. 1904/1905 que fuera interpuesta en fecha 26/04/2021, según surge

del cargo de fs. 1906. De tales circunstancias surge claro que el planteo se ha deducido en forma extemporánea, como se adelantó, y por ello resulta inadmisibile.

Respecto a lo segundo, aún cuando el planteo hubiese sido introducido en el momento procesal oportuno, tampoco podría ser acogido en razón de que las circunstancias que han tenido lugar en estos obrados no resultan encuadrables en la causal invocada.

Es que, como el propio presentante expresó, este Tribunal ha intervenido en dos oportunidades en las presentes actuaciones pero en ninguna de ellas los ministros que ahora hemos sido recusados formamos opinión en relación con los elementos de prueba incorporados a la causa, ni resolvimos la situación legal del acusado, ni pronunciamos ni concurrimos a pronunciar sentencia, tal como prevé el supuesto de recusación aludido por la defensa de Guzmán Zalazar. En efecto, este Cuerpo –con la integración que aquí se cuestiona– rechazó formalmente el recurso de casación deducido por la anterior defensa técnica del acusado contra la sustitución de querellante particular en estos obrados, conforme surge de las constancias de fs. 1156/1158 de autos N° 13- 04230702-9. Por su parte, con anterioridad, mediante la intervención de los ministros que aquí se recusa y la del Dr. Julio R. Gómez, resolvió devolver las actuaciones al tribunal de origen sin emitir pronunciamiento, puesto que la inhibición planteada se encontraba resuelta, de acuerdo a lo que surge de fs. 940/942 de autos N° 13-04014070-5.

Como se advierte de las circunstancias señaladas, al no configurarse el supuesto legal de recusación invocado por el presentante, corresponde el rechazo in limine de la presentación de recusación.

Valoración probatoria.

6.2.- En lo que concierne al planteo casatorio, y tal como surge de la reseña efectuada en el punto 2 , los cuestionamientos desarrollados por el letrado defensor se dirigen a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el a quo para tener por acreditado:

- a) el objeto con el que se produjo la lesión de Lucas Carrasco;
- b) la persona que manipuló tal objeto; y
- c) la causa de muerte de la víctima de autos. A esos fines, por un lado, pone en duda la credibilidad de los testigos de identidad reservada, el valor convictivo de la necropsia realizada por el Dr. Barrera y, por el otro, sugiere la omisión de valoración de algunos elementos de prueba incorporados a la causa.

Sin embargo, y a pesar del análisis llevado a cabo por la defensa de Guzmán, considero que sus argumentos no constituyen más que la reiteración de las alegaciones defensivas desarrolladas durante el debate oral y público, las que han sido debidamente tratadas y refutadas por el tribunal de juicio; tarea esta última en la que no se advierte ninguna falencia que amerite su revocación.

En efecto, en los puntos 10.1.1.A.2.- y 9.1.1.A.3.- de los fundamentos de la sentencia bajo estudio, el a quo responde a la hipótesis de la defensa referida a que la lesión de Lucas Carrasco no fue producida por la pistola lanzagas que manipulaba el acusado.

Para ello, el sentenciante motivó detallada y adecuadamente por qué tuvo por acreditado que fue el disparo de aquella pistola, y no otro elemento, el que produjo el golpe en la cabeza de la víctima de autos. En este sentido, contrastó la declaración que Guzmán hizo en ejercicio de su defensa material con las declaraciones de los efectivos policiales que participaron en el operativo, los testigos civiles y los audios de las comunicaciones que policías efectuaron al CEO y el testigo Matías Shimura al servicio de emergencia 911.

Luego de lo cual, concluyó que la versión de los funcionarios no resultaba convincente y que «el pelotón al mando del Inspector Olivares se quedó sin parque minutos después de que Lucas Carrasco fuera impactado con un gas lacrimógeno en la cabeza. La prueba objetiva de los audios recabados no da

posibilidad a otra interpretación» (fundamentos, fs. 1781 vta.). De ello se infiere que las conjeturas que extrae el impugnante de la prueba reseñada no es más que una interpretación diversa, favorable a sus intereses, pero en modo alguno suficiente para desvirtuar el razonamiento del a quo.

Ello se advierte en los cuestionamientos referidos a las supuestas contradicciones entre las conclusiones del Dr. Mazziotti y las del Dr. Barrera, a la determinación de la hora del impacto y a la posibilidad de avistamiento de los proyectiles por los testigos civiles.

Sin embargo, cada una de estas cuestiones fue suficientemente refutada por el tribunal de sentencia. En efecto, en lo que concierne a las inconsistencias entre las pericias llevadas a cabo por los profesionales Mazziotti y Barrera, el tribunal concluyó que tales contradicciones era solo aparentes.

Para justificar esa afirmación expresó que para descartar inicialmente el Dr. Barrera que la herida que padecía Lucas Carrasco haya sido provocada por un arma de fuego –ya que obedecía a un objeto de superficie roma– tuvo en consideración que «lo normal y habitual cuando se habla de herida de arma de fuego, [es buscar] una herida con un orificio de ingreso y en algunos casos un orificio de egreso, “canal” por donde atraviesa el proyectil».

Sin embargo, surge claro que ambos profesionales coincidieron en que la herida fue producida por una superficie roma –«redondeada, sin filo», según el Dr. Mazziotti–, perfectamente compatible con el proyectil lanzagas que, según se tuvo acreditado, disparara Guzmán (fundamentos, fs. 1787 y vta.).

Si bien el sentenciante admitió que la distancia en la que la víctima fue impactada no pudo ser determinada por haberse tratado de una situación dinámica, explicó el modo en que ocurrieron los hechos, el que entendió compatibiliza lo explicado por los profesionales médicos y las observaciones de vuelo del proyectil. Así, expresó que «el proyectil ha ido dando giros sobre su eje y ha “rozado” con su parte roma, impactado levemente, la parte superior del cráneo de Lucas Carrasco», y que no se trató «de un golpe directo, con transferencia total de la energía del proyectil» (fundamentos, fs. 1789), razonamiento en el que no se observa ninguna arbitrariedad. En cuanto a la hora en que se produjo la lesión, no le asiste razón al recurrente en cuanto a que el a quo no tuviera en cuenta el modo en que Carrasco era trasladado por quienes lo auxiliaron.

Por el contrario, el sentenciante expresó que el «horario probable del disparo recibido por Lucas [es] de las 21.47.24 hs.» y aclaró que «[e]ste cálculo es aproximado, pues no sabemos cuánto tiempo se ha demorado en trasladar a Lucas hasta esa intersección [Huarpes y Clark, donde llamaron al servicio del 911]» y que es «razonable considerar que se han tardado más en trasladarlo hasta esa intersección que lo que podría demorar una persona a paso normal. Sin embargo, esta situación queda en la duda» (fundamentos, fs 1780 vta.).

Luego de ello, el tribunal analizó qué acontecimientos se produjeron en ese rango horario. En lo que se refiere a la posibilidad de visualización del impacto por parte de los testigos de identidad reservada, el sentenciante entendió, luego de ponderar la pericia balística y la prueba de experiencia que tuvo lugar en la Ripiera Mácola, que «[...] el disparo efectuado por Guzmán que impactara sobre Lucas, afectaría a los espectadores en forma posterior a su lanzamiento, cuando ya habían observado la situación» y que el corte de suministro eléctrico no fue total, por lo que no estaba obstaculizada la visión, conforme refirieron los testigos y el propio acusado (fundamentos, fs. 1785).

Desde otro aspecto, considero que no le asiste razón al recurrente en cuanto a que el sentenciante no habría dado suficientes razones para dar preponderancia a las declaraciones testimoniales de los testigos civiles por sobre las brindadas por los funcionarios policiales. Ello, toda vez que el a quo entendió que los dichos de los efectivos de policías no guardaban coherencia con los audios de sus comunicaciones con el

CEO durante el operativo, mientras que estos últimos sí avalaban la versión de los testigos de identidad reservada. En otro orden, el recurrente señala que el tribunal no tuvo en consideración el contexto de violencia en que ocurrieron los hechos y que tanto la víctima de autos como su hermano y los testigos de identidad reservada supieron el riesgo que corrían y que, a pesar de ello, decidieron permanecer allí. Esta afirmación no es acertada, puesto que el a quo no solo valoró el contexto de violencia, sino que entendió que éste no había sido ocasionado por personal policial y que tuvo que actuar para contener la situación. En función de ello, es que cambió la calificación legal que se había atribuido a la conducta de Guzmán, tal como surge de las consideraciones efectuadas en el punto 1777 vta. de sus fundamentos.

En relación con la declaración del testigo Plaza, respecto del cual el recurrente sostiene que no habría sido considerado por el tribunal, corresponde señalar que los datos que aporta la declaración de aquél no resultan dirimentes para desvirtuar la contundencia del resto del material probatorio y el contexto de su apreciación se produce luego de que Carrasco recibiera el impacto.

Es que, tal como sostuvo el señor Procurador en su dictamen, todo depende del «recorte de percepción del testigo», y resulta perfectamente posible que la víctima haya llegado a calle Huarpes y allí se haya desvanecido, siendo ayudado por sus amigos, quienes luego lo trasladan al Hospital en el taxi ya referido. En otras palabras, los dichos de este testigo no resultan incompatibles con lo relatado por los testigos de identidad reservada que auxiliaron a Lucas Carrasco y lo trasladaron al hospital Lagomaggiore.

Finalmente, respecto de la causa de muerte de la víctima, es decir la hemorragia cerebral que derivó en el deceso de Lucas Carrasco, entiendo que el sentenciante ha dado suficientes fundamentos para tener por acreditado que ella fue motivada por el golpe recibido y para descartar la hipótesis formulada por la defensa en los alegatos.

A tal conclusión llegó el a quo luego de sostener que se trató «al paciente Carrasco según el protocolo médico que la ciencia indica para el caso» y que «dos profesionales distintos [Dres. Barrera y Fabián Cremaschi] y con especialidades diferenciadas dier[o]n cuenta que la actuación médica fue competente» (fundamentos, fs. 1790 vta.).

En ese orden, el sentenciante consideró también que el Dr. Cremaschi dio «[...] una explicación razonable desde la ciencia médica de lo que puede haber ocurrido con el paciente Carrasco», al sostener que «[...] la situación de estado general bueno, que aparentemente el paciente hablaba y se manejaba por sus propios medios, con una escala de Glasgow en principio de 15/15 (el máximo) y luego su rápido deterioro [...] para él es un fenómeno de “talk and die” [...] muy estudiado en la cual el paciente ingresa caminando, hablando y luego fallece. Es un caso en el que al principio el caso parece no muy grave y no hay nada que haga presumir que va a fallecer y termina falleciendo a las horas» (fundamentos, fs. 1790 vta.). En definitiva, en el caso sometido a estudio se advierte una adecuada ponderación de los elementos de prueba incorporados y una suficiente motivación de la solución cuestionada, por lo que los planteos deducidos por el imputado y su defensa técnica deben ser rechazados. Por todo lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar in limine el planteo de recusación deducido a fs. 1904/1905.
- 2.- Rechazar el recurso de casación encausado jurídicamente a fs. 1846/1880 por la defensa de Diego Domingo Guzmán Zalazar y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 646, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Pedro J. Llorente no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 28 de abril de 2021.-

9- VARELA ROCHA. 03-05-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=527>

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP.

Vox: Homicidio. Arma de fuego.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 79 y 41 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria por entender que la resolución adolece de vicios formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido. Cuestiona la valoración que el tribunal realiza de la prueba.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido en tanto la defensa reitera los argumentos presentados durante el debate utilizando los mismos razonamientos que fueron esgrimidos ante el Tribunal Penal Colegiado.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1035, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero Benito. 21/12/1984 L.S.186-427
- Cirrincione. 07/03/1978 L.S. 153-011
- L.S. 354- 218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177

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

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05116358-8/1((018601-65844)) F.Y QUER.PART. C/ VARELA ROCHA ROGER ARMANDO P/ HOMICIDIO AGRAVADO(65844) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105284044*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05116358-8/1 caratulada "F. C/ VARELA ROCHA, ROGER ARMANDO P/ HOMICIDIO AGRAV. S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Roger Armando Varela Rocha interpone recurso de casación (fs. 707/720) contra la sentencia N° 1035 en tanto lo condenó a la pena de doce años de prisión como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 79 y 41 bis del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de anterior instancia resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «el día 25 de junio de 2015, siendo las 16:40 horas aproximadamente, Marcos Fabián Roldán se encontraba en el vehículo marca Fiat, modelo Palio, dominio DCR-146, frente a su domicilio sito en Barrio Eva Perón, manzana D, casa 25 de Las Heras. En esos momentos, apareció Roger Varela Rocha en un vehículo negro que dejó estacionado en la esquina, se bajó del rodado esgrimiendo un arma de fuego y se acercó hasta el vehículo donde se encontraba Roldán. Éste, al advertir ello, intentó correr hacia el domicilio donde residían sus abuelos. En ese momento Varela Rocha le efectuó dos disparos de arma de fuego a Roldán, quien cayó al piso. Seguidamente Varela Rocha se acercó nuevamente a aquél y apuntándole a la cabeza gatilló nuevamente el arma, pero no salió disparo. Inmediatamente después, Varela Rocha se dirigió hacia su vehículo negro y huyó del lugar. Marcos Roldán fue trasladado al hospital Carrillo donde falleció a causa de los disparos». Para así decidir, el tribunal a quo ponderó las declaraciones testimoniales de Ángeles Ivana Valdez Andino, Orlando Roldán, Rosario de Andacollo Muñoz Roldan, Héctor Sebastián Muñoz, como también con el acta de denuncia de fs. 1/2, el croquis de fs. 38, el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 92/93; el informe de División Balística Forense de fs. 94/95 vta., entre elementos probatorios más relevantes.

2.- Recurso de casación

El recurso de la defensa se sustenta en el art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la resolución de anterior instancia atacada adolece de vicios formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido. Sostiene que la sentencia condenatoria se encuentra sustentada en la íntima convicción del tribunal y, consecuentemente conculca los principios de la lógica, la experiencia y el sentido común. Cuestiona la valoración que el tribunal realiza de las declaraciones de dos testigos presuntamente presenciales, esto es de Rosario de Andacollo Muñoz y de la testigo de identidad reservada A (TIR A).

La defensa señala las contradicciones existentes entre los dichos de la testigo de identidad reservada y los dichos de Ezequiel Hurgo Arce y de Ángela Ivana Valdez lo que a su criterio restan valor convictivo a las declaraciones de Rosario Andacollo y a la TIR A. Resiste de igual manera el reconocimiento en rueda de personas en el que Andacollo Muñoz reconoció a Roger Varela Rocha y destaca que la testigo conocía al imputado, por ser vecinos y por tener relaciones comerciales. Agrega que la testigo nunca dijo, tal como surge del acta de procedimiento, que el autor había sido Roger Varela Rocha. En la misma dirección la defensa sostiene que el tribunal tampoco valoró la declaración testimonial de Fabián Muñoz, ni formuló consideración alguna respecto de la circunstancia de que los familiares de Roldán le remitían fotos del imputado, tanto a él como a los abuelos de la víctima fatal. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs.728/730 vta el Procurador General contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del remedio intentado.

Ello en tanto considera que la defensa reitera los argumentos presentados durante el debate utilizando los mismos razonamientos que fueron esgrimidos ante el Tribunal Penal Colegiado.

Así, señala, el recurrente pretende una resolución distinta mediante la presentación ex novo de lo que ya ha sido tratado por el tribunal.

En esa misma dirección estima que los agravios se sustentan en argumentos personales que no coinciden con las consideraciones del tribunal de anterior instancia, con lo cual emergen como agravios que carecen de eficacia para generar la nulidad por violación de la sana crítica racional en tanto la sentencia no aparece como arbitraria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa debe ser rechazado. Ello por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios procesales que el recurrente le endilga.

Preliminarmente, vale recordar que el recurso asienta el pedido de nulidad del resolutivo impugnado sobre la base de argumentos destinados, en definitiva, a cuestionar el nivel probatorio alcanzado durante la tramitación del proceso penal respecto de la autoría del encausado.

Es decir, a juicio de la recurrente, el tribunal de instancia anterior valoró en forma arbitraria el material probatorio obtenido en el proceso pues, a su modo de ver, los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza exigido para demostrar acabadamente la intervención punible del encausado en el hecho.

Este vicio determinaría, según la posición defensiva, el carácter arbitrario del fallo condenatorio en crisis y su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos del art. 416, inc. 4 del CPP.

Sin embargo, entiendo que esa pretensión defensiva no puede recibir acogida en esta instancia, en tanto las afirmaciones de las que se basa no encuentran correlato en el razonamiento que sustenta la condena resistida.

En efecto, considero que la motivación de la resolución atacada es suficiente desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la

ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

El a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la censurante no logra demostrar.

Más bien se aprecia en la expresión agravios en esta etapa recursiva una reedición de los argumentos ya expuestos por la defensa de manera anterior a esta etapa, las que solventemente fueron respondidos por el tribunal de juicio a través de los fundamentos del fallo en crisis.

En primer término, y como planteo central de su impugnación, la recurrente sostiene que la condena se centra especialmente en el testimonio de la TIR A, así como en los de Rosario Andacollo Muñoz, de Ezequiel Arce y de Ángeles Valdez, sin advertir las contradicciones existentes entre ellas.

Ello, a criterio de la defensa, convertiría en endeble el plexo probatorio para validar la condena de Varela Rocha. En este sentido entiendo que la queja se esgrime a partir de la fragmentación del material probatorio, alegando contradicciones en la valoración del plexo probatorio e introduciendo cuestiones inconsistentes que, según entiendo y como lo anticipé, el tribunal de anterior instancia ha dado acabada respuesta. En efecto el tribunal de juicio analizó de manera global, integrada y conjunta los elementos probatorios que le permitieron adquirir una visión completa de lo sucedido, como así también obtener certeza respecto de la autoría de Varela Rocha en el suceso acaecido el 25 de junio de 2017 en el que perdió la vida Marcos Fabián Roldán (fs. 689).

En esta dirección el tribunal de sentencia valoró las declaraciones testimoniales del abuelo y el primo de la víctima, Orlando Roldán y de Héctor Muñoz respectivamente, cuyas declaraciones reforzaron a criterio del a quo el valor convictivo de la declaración testimonial de Rosario Andacollo Muñoz. A la vez que constancias objetivas del legajo, tales como acta de procedimiento de fs. 7 y croquis de fs. 8, el informe de necropsia de fs. 130, el informe de fs. 92/93, avalaron de manera precisa aquellas testimoniales. En particular, en lo relativo al tiempo y lugar de ocurrencia del hecho, distancia en que se efectuaron los disparos y la cantidad de ellos.

En referencia a las contradicciones señaladas por la defensa, entiendo –al igual que el a quo– que aquellas nos son relevantes para la solución del caso sino que, en lo medular y pertinente, la versión de Rosario Andacollo Muñoz y de la TIR A se mantuvieron incólumes durante todo el proceso.

El sentido incriminante de los relatos, identificando a la persona del acusado como autor del hecho atribuido, fue sostenido y justificado a través de cada una de sus expresiones con las que los describió de manera constante. En este sentido, Rosario Andacollo narró que el día del hecho, se encontraba planchando y que su nieto estaba afuera de la vivienda lavando el auto.

En esos momentos oyó un disparo y vio al imputado con el arma; luego oyó otro disparo; para posteriormente ver a Varela dispararle a su nieto por la espalda y seguidamente huir del lugar.

Agregó que al llegar la policía, dijo que no dio el nombre del imputado porque no lo conocía, que lo conoció ese día. A esta declaración debe sumarse el reconocimiento en rueda de persona con resultado adverso para el acusado, en donde Rosario Andacollo Muñoz fue categórica al sindicarlo a Varela como el autor de los disparos (fs. 299).

De igual manera, para el tribunal de sentencia resultó decisivo el testimonio de la TIR “A” pese a que en la audiencia oral la testigo negó lo que había manifestado previamente durante la investigación penal preparatoria. Alegó al respecto cierta adicción que le habría impedido percibir realmente lo que sucedió el día en que falleció Marcos Fabián Roldán. Fue así que, a pedido del Ministerio Público Fiscal, se dio

lectura a algunos pasajes de su anterior declaración y reconoció que lo que había dicho inicialmente era lo que efectivamente había visto. Expresó que tenía miedo por ella y por sus hijos, pero que vio al imputado descender de un auto con un arma en la mano y que lo vio dispararle a Marcos Roldán. Agregó que volvió a disparar, pero que no salió el proyectil. De lo dicho, quedó evidenciado el temor de la testigo. Sin embargo, aun cuando la defensa pretenda atacar los dichos de aquella testigo, subsiste una cuestión decisiva para el juzgador y es el relativo a la dinámica del hecho. Especialmente cuando la testigo dijo que luego del primer disparo, Varela volvió a disparar y que el proyectil no fue expulsado.

Circunstancia decisiva y relevante, que fue luego corroborada por los informes de fs. 92/94 y el informe de Policía Científica de fs. 109/121; a la vez que resulta concordante con lo afirmado por Rosario Andacollo Muñoz. Debe considerarse que las características de la prueba testimonial imponen la necesidad de atenerse a los aspectos más objetivos de la información que las mismas puedan transmitir, entrelazando esos datos con otros –de distinta procedencia– que los corroboren o pongan en crisis su calidad convictiva. Según entiendo, ésa ha sido la actitud asumida por el magistrado a quo.

En efecto, la verosimilitud del relato de Rosario Andacollo Muñoz se constató luego de confrontar su contenido con el resto del cuadro probatorio, concluyendo que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa no hacen más que reforzar la hipótesis acusatoria.

También la defensa cuestionó el modo en que el juzgador valoró el descargo de Varela.

En este sentido debe señalarse que el acusado dijo que el día del hecho estuvo trabajando junto a su padre Víctor Manuel Varela en la zona de El Challao. Expresó que alrededor de las 18:30 y de regreso a su domicilio recibió una llamada de su madre a su celular terminado en 9, informándole que habían querido incendiar la vivienda.

Según la defensa la antena que permitió el enlace telefónico se encuentra ubicada en la zona del Barrio Dalvian y sustenta en este dato la imposibilidad de que Varela estuviera en el Barrio Eva Perón el día del hecho. Con ello, también, cuestiona esencialmente la autoría del encartado.

Sin embargo, el tribunal de sentencia consideró que, teniendo en cuenta la hora aproximada del deceso de Marcos Fabián Roldán, esto es las 16:40 aproximadamente del día 25 de junio de 2015, y la distancia que media entre el Barrio Eva Perón y la zona de El Challao, donde Varela Rocha dijo estar trabajando, no resultaba imposible que el encartado se desplazara, ya que dicho trayecto insume aproximadamente unos veinte minutos (fs. 692). Por otro lado, el informe de la empresa Claro (fs. 519/521) da cuenta que aquella línea de la que dio cuenta el acusado no registró llamadas entrantes, sino salientes en el periodo mencionado.

Por otro lado, el juzgador consideró que el teléfono celular en cuestión no pertenecía a Varela, sino a su padre porque ese fue el número de teléfono que Víctor Varela dio cuando prestó declaración testimonial, según surge del acta de fs. 149/150.

A la vez que estimó que al momento de la imputación formal de Varela Rocha, éste no aportó ningún teléfono celular. Datos relevantes que permiten desacreditar la versión defensiva. Finalmente, el juzgador descartó lo relativo al «hacking» de la cuenta de Ayelén Bustos en la red social Facebook.

Esta testigo fue quien aportó los datos de la TIR A (ver fs. 20, 693). Sin embargo, durante el debate oral, la testigo y actual pareja del imputado, cambió su versión y explicó que fue coaccionada por parte de la familia de Roldán y por su ex pareja Pablo Vallejos.

No se lograron acreditar ninguno de los extremos manifestados por Ayelen Bustos. Tanto fue ello así que en el resolutive V de la sentencia N° 1035, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público Fiscal, ordenó la extracción de compulsas por falso testimonio respecto de ella y de Pablo Vallejos (fs. 675 vta.).

La estrategia defensiva expuesta durante el desarrollo del debate oral y reiterada en la instancia casatoria, consiste en atomizar la prueba, desconectando entre sí los elementos de juicio que se presentaron como cargos para su asistido. A ello, debe agregarse que, incluso, introdujo cuestiones no esenciales ni acreditadas o sustentadas en el plexo probatorio, tales como: que Rosario Andacollo Muñoz y el imputado se conocían porque vivían a escasos metros; que la familia de Varela Rocha tenía una verdulería en el barrio y la testigo hacia allí sus compras; que al esposo de la testigo Orlando Roldán el imputado le pagaba por realizar la publicidad de la verdulería por alto parlantes.

En definitiva, conforme a lo señalado puede decirse que el a quo adquirió una visión completa de lo sucedido a través del conjunto de elementos probatorios pues considero que los elementos aislados o fragmentados analizados según la hipótesis de la defensa no permite adquirir una visión acabada de lo ocurrido (fs. 689).

En conclusión entiendo por las razones arrimadas que corresponde desestimar el recurso de casación articulado toda vez que la sentencia no adolece de los vicios denunciados por la recurrente.

De tal manera, el escrito casatorio evidencia su disconformidad con la valoración del plexo probatorio llevada a cabo por el tribunal de sentencia, a la vez que reitera los planteos formulados durante el debate, sin aportar nuevas consideraciones o perspectivas que justifiquen una respuesta diversa a la que sostenida por el tribunal que, entiendo, ha sido correcta.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Roger Armando Varela Rocha.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

10- LUCERO GONZALEZ. 06-05-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474 -2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=508>

Lex: Art. 89, 59 inc. 3°, 62, 67 del CP. Arts. 377 y 474 inc. 2 del CPP.

Vox: Lesiones. Prescripción. Sobreseimiento. Calificación legal.

Summa:

El TPC dispuso el sobreseimiento de Bernardo Antonio Vera Aballay del delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP), por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción.

El **Ministerio Público** interpone recurso y cuestiona el sobreseimiento por prescripción de la acción. Entiende que la calificación legal en que se ha encuadrado un hecho no puede ser receptada sin más por el tribunal a cargo del plenario, y que el artículo 373 del CPP impone –como condición ineludible para la procedencia del sobreseimiento en esta etapa– que no exista incertidumbre respecto de la calificación en la que ha sido subsumida la plataforma fáctica objeto del proceso.

El **Procurador General** mantuvo el recurso deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, remitiendo a los argumentos vertidos en oportunidad de su interposición

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 329, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.*

Parágrafo destacado

“...la calificación legal que el actual fiscal interviniente cuestiona ha sido plenamente consentida por el Ministerio Público Fiscal que representa –en cabeza de su colega de la ex Séptima Fiscalía de Cámara–, por el representante del querellante particular, por la defensa del imputado y, teniendo en cuenta que ninguna modificación ha efectuado el actual Tribunal de juicio, también por éste. Es que el hecho de que no haya emitido una resolución específica relativa a la calificación legal no significa que no la haya analizado, máxime si dictó el sobreseimiento impugnado con base en esa subsunción jurídica”.

“De ello se colige que, aún cuando no sea del agrado del actual acusador público, la calificación legal atribuida a la conducta de Bernardo Antonio Vera Aballay ha sido consentida por todas las partes procesales y, por ello, es la adecuada para determinar si ha operado o no la prescripción de la acción penal a su respecto”.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Day. Gómez

(J.A.F)

Fallo:

CUIJ: 13-04629883-1/1((018601-1196)) FC/ LUCERO GONZALEZ ELIO MIGUEL Y VERA ABALLAY BERNARDO ANTONIO P/ HOMICIDIO AGRAVADO (1196) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104713272*

En Mendoza, a los seis días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04629883-1/1 caratulada "F. C/ LUCERO GONZÁLEZ, ELIO MIGUEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DRA. MARÍA T. DAY y tercero, DR. JULIO R. GÓMEZ.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia N° 329, mediante la que se dispuso el sobreseimiento de Bernardo Antonio Vera Aballay del delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP), por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-1196/14.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «[...] corresponde declarar que respecto del delito atribuido, según el auto de elevación a juicio de fs. 623/631 y vta., a Bernardo Vera Aballay, se ha operado la extinción de la acción penal con causa petendi, ello por haber sido calificado legalmente como "Lesiones Leves Dolosas" (art. 89 del C.P.), calificación legal que no fue oportunamente recurrida por las partes, y que incluso es confirmada por el Ministerio Público Fiscal al momento de contestar la vista, lo que impide a este Tribunal realizar consideraciones al respecto, ello en tanto nos vemos imposibilitados de juzgar la capacidad probatoria del titular de la acción penal, que es quien en mejores condiciones se encuentra para establecer qué delito puede ser mantenido en juicio, conforme el plexo probatorio agregado» (resolución impugnada, fs. 788).

La plataforma fáctica en relación a la que se emitieron las consideraciones anteriores consiste en que «el día 04 de enero de 2014 siendo las 06.10 horas, aproximadamente, el Sr. Bernardo Antonio Vera Aballay mantuvo una discusión con el Sr. Raúl Sebastián Prado Cuccia en el baño de hombres del local bailable "Minimoog", sito en calle Arístides Villanueva 426 de Ciudad. Seguidamente, el Sr. Vera Aballay golpeó al Sr. Prado en el rostro con un vaso de vidrio provocándoles una herida cortante suturada supralabial derecha que se extiende hasta el surco] naso geniano derecho», conforme surge de fs. 625 del auto de elevación a juicio referido.

2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 2° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Así, entiende que el órgano jurisdiccional interviniente ha incurrido en un error al dictar el sobreseimiento por prescripción sin considerar que el art. 373 del CPP impone como condición primaria la certidumbre en la configuración del supuesto legal, es decir, que su determinación no requiera del juicio oral.

Señala que durante la etapa procesal por la que transita la presente causa, se autoriza excepcionalmente el sobreseimiento para evitar el desgaste jurisdiccional inútil que implicaría realizar el debate, cuando de antemano aparece evidente que éste terminará con una absolución, afirmación que en autos resulta apresurada.

Ello, en tanto considera que la acusación jurídico penal en trámite se encuentra abierta a una posibilidad legal y cierta de modificación a cargo del acusador durante el desarrollo del juicio (**art. 392 del CPP**).

Desde otro aspecto, advierte cierta inconsistencia en el pronunciamiento recurrido, toda vez que, por un lado, reconoce al titular de la acción penal las mejores condiciones para establecer qué delito puede ser mantenido en juicio (fs. 786) y, por otro, oculta que la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal dictaminó que la evidencia probatoria respecto de la plataforma fáctica no condice plenamente con la calificación legal sostenida en la acusación (fs. 758 vta.).

En ese orden, sostiene también que este Tribunal de casación aceptó, mediante referencia expresa, la afirmación de la entonces Séptima Cámara del Crimen relativa a que proceder a declarar la prescripción del delito en esta instancia y bajo estas circunstancias, implicaría reducir el juicio a la pura calificación legal y desatender la plataforma fáctica a la que aquella se refiere (fs.710 vta.).

Finalmente, expresa que el **art. 373 del CPP** establece que la prescripción de la acción penal debe ser pronunciada sobre la base de «la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal» y que, en el caso concreto, resulta cuestionable que el tribunal no haya hecho más que receptor la calificación jurídica venida desde la fase crítica del proceso sin ingresar a profundizar el examen sobre su corrección cuando el control se imponía, en virtud de las críticas formuladas por los jueces que habían intervenido con anterioridad, admitidas por el Procurador General y reconocidas por la Suprema Corte de Justicia. En función de ello, solicita que la sentencia de sobreseimiento sea anulada y se ordene el reenvío de la causa para un nuevo pronunciamiento (arts. 202, 203 y 486 del CPP).

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General mantuvo el recurso deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y se remitió a los argumentos vertidos en oportunidad de su interposición.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme se explicará a continuación.

Tal como surge del planteo recursivo antes reseñado, el acusador público solicita la anulación de la sentencia de sobreseimiento dictada en favor de Bernardo Vera Aballay en función de tres ejes de cuestionamiento: (a) el a quo no habría respetado el grado de conocimiento exigido por la normativa procesal para que resulte procedente el sobreseimiento previsto en el art. 373 del CPP; (b) el tribunal debió analizar la calificación legal en función de la cual se dictó el sobreseimiento referido; y (c) la resolución impugnada resulta inconsistente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los puntos de agravio consignados en (a) y (b) se encuentran estrechamente relacionados, ambos serán tratados conjuntamente y luego se hará referencia al referido

en (c). Veamos. (a) y (b) Acerca del grado de conocimiento exigido y la calificación legal que debe ser considerada en la oportunidad prevista por el art. 373 del CPP

En relación a este punto, el impugnante sostiene que la norma referida impone –como condición ineludible para la procedencia del sobreseimiento en esta etapa– que no exista incertidumbre respecto de la calificación en la que ha sido subsumida la plataforma fáctica objeto del proceso.

Basa su conclusión en el texto de la disposición legal que, en su primera parte, expresa que se dictará sentencia de sobreseimiento «siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral» y en una posición doctrinaria según la cual ese tipo de sentencia procederá cuando de antemano aparezca evidente que el juicio terminará con una absolucón.

En esa línea de exposición, considera que las características aludidas no se verifican en el caso de autos, donde existe una posibilidad legal y cierta de modificación de la calificación legal durante el desarrollo del juicio por parte del órgano acusador, con remisión al art. 392 del CPP.

Al respecto y no obstante el esfuerzo argumentativo del recurrente, considero que las conclusiones a las que arriba no son acertadas.

En efecto, no pasa inadvertido que la extinción de la acción penal por prescripción puede presentar dificultades fundadas en la divergencia de criterios –del Ministerio Público Fiscal, defensa y órgano jurisdiccional– relativas a la calificación legal endilgada.

Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, el inconveniente puede ser salvado si se tiene como regla que el encuadre jurídico a tener en cuenta ante la posibilidad del sobreseimiento durante el plenario no puede ser otro que aquél que el Tribunal de juicio entienda contenido en la conducta descrita en el requerimiento o auto de elevación a juicio.

Y que éste último haya sido producto del debido proceso legal, garantizándose el contradictorio, el derecho de defensa y demás principios que lo inspiran.

En otras palabras, la calificación a tener en cuenta será aquella que estime adecuada el tribunal del plenario siempre que no implique coartar el derecho del órgano acusador a probar las circunstancias de encuadre jurídico más grave que pretendar endilgar al hecho investigado.

De tal modo, si efectuado el requerimiento de citación a juicio por el fiscal interviniente, la pieza acusatoria fue objeto de oposición de la defensa, esa impugnación resuelta por el juez de garantías competente y luego objeto de recurso de apelación, la calificación legal contenida en el pronunciamiento del tribunal de apelaciones resulta suficiente para que el tribunal de juicio analice si se ha operado o no la prescripción de la acción penal, más allá de un criterio fiscal más gravoso respecto de la calificación atribuida.

Es decir que el requisito de certidumbre que el recurrente considera ineludible para que pueda dictarse el sobreseimiento referido a una determinada calificación legal dependerá, en definitiva, del efectivo ejercicio de las facultades que el código adjetivo prevé para garantizar los derechos de las partes procesales.

Desde otro aspecto, comparto la afirmación del recurrente referida a que la calificación legal en que se ha encuadrado un hecho no puede ser receptada sin más por el tribunal a cargo del plenario. Así, entiendo que corresponde efectuar un análisis en el momento de la recepción de la causa a fin de evitar futuras nulidades, pero tal examen no puede exceder de los aspectos formales.

De lo contrario, podría incurrirse en una vulneración del principio acusatorio que rige nuestro sistema procesal y, desde ese punto de vista, no advierto que el tribunal a quo haya eludido ninguna de sus responsabilidades en el caso bajo estudio.

En ese orden, corresponde señalar que en la presente causa se efectuó el pertinente requerimiento de citación a juicio (fs. 601/604 vta.), frente al cual la defensa de Bernardo Vera dedujo oposición.

La jueza de garantías hizo lugar parcialmente a la oposición referida, disponiendo un cambio de calificación legal y la elevación de la causa a juicio por el delito de lesiones leves dolosas imputables a Bernardo Antonio Vera Aballay (fs. 623/631 vta.), resolución que no fue impugnada ni por la fiscal de instrucción interviniente ni por el letrado patrocinante del querellante particular. Una vez radicada la causa en el tribunal de juicio (la entonces Séptima Cámara del Crimen) y ante un planteo de sobreseimiento por prescripción en favor de Vera Aballay, la titular de la entonces Séptima Fiscalía de Cámara dictaminó favorablemente, conforme surge de fs. 672 de autos.

Aquí, resulta oportuno aclarar que el tribunal precedentemente referido perdió la competencia para resolver esa solicitud de sobreseimiento –impugnada mediante el recurso de casación bajo tratamiento–, por haber dictado sentencia condenatoria en relación al coimputado Elio Lucero González, y conforme dispuso este Cuerpo a fs. 767/774.

En otras palabras, la calificación legal que el actual fiscal interviniente cuestiona ha sido plenamente consentida por el Ministerio Público Fiscal que representa –en cabeza de su colega de la ex Séptima Fiscalía de Cámara–, por el representante del querellante particular, por la defensa del imputado y, teniendo en cuenta que ninguna modificación ha efectuado el actual Tribunal de juicio, también por éste. Es que el hecho de que no haya emitido una resolución específica relativa a la calificación legal no significa que no la haya analizado, máxime si dictó el sobreseimiento impugnado con base en esa subsunción jurídica. De ello se colige que, aún cuando no sea del agrado del actual acusador público, la calificación legal atribuida a la conducta de Bernardo Antonio Vera Aballay ha sido consentida por todas las partes procesales y, por ello, es la adecuada para determinar si ha operado o no la prescripción de la acción penal a su respecto. (c) Sobre la consistencia de la resolución cuestionada

El representante del Ministerio Público Fiscal se agravia por entender que la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 1 es inconsistente, basándose en que el a quo habría reconocido que el titular de la acción penal es quien está en mejores condiciones para establecer qué delito puede ser mantenido en juicio y por otro oculta –según su parecer– que el Procurador General, al dictaminar en una casación anterior, había expresado que la evidencia probatoria no se condecía con la calificación legal sostenida en la acusación.

Asimismo, el recurrente señala que este Tribunal, en aquella oportunidad, habría sostenido que declarar la prescripción en la instancia por la que transita el expediente implicaba reducir el juicio a la pura calificación legal y desatender a la plataforma fáctica a la que la primera se refiere. No obstante, advierto que estos argumentos no se ajustan a las constancias de la causa.

En primer lugar, no encuentro ninguna inconsistencia en la afirmación del a quo referida a que quien está en mejor condición para determinar qué figura penal puede ser mantenida en juicio es el titular de la acción penal. De hecho, el tribunal ha sido consecuente con esa conclusión al tomar en consideración para resolver el planteo de prescripción la calificación legal consentida tanto por el acusador público como privado, esto es, la de lesiones leves dolosas.

En segundo lugar, cabe referir que el dictamen del señor Procurador General y la sentencia emitida por este Cuerpo que ha citado el recurrente se refieren a un recurso presentado con anterioridad en relación a una resolución de la entonces Séptima Cámara del Crimen que, si bien rechazó el planteo de prescripción que aquí se analiza, fue revocada por este Tribunal y, por ello, ajenos a ser analizados en esta oportunidad. En tercer lugar y sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, no puede soslayarse que la cita que

efectúa el recurrente de la sentencia emanada de este Cuerpo no ha sido interpretada adecuadamente por él.

En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal expresa «el tribunal de casación acepta, mediante una referencia expresa a las razones de la resolución anulada, que “proceder a declarar la prescripción del delito en esta instancia y bajo estas circunstancias, implicaría reducir el juicio a la pura calificación legal y desatender la plataforma fáctica a la que aquella se refiere”» (recurso, fs. 791).

Contrariamente a lo afirmado por el impugnante, este Tribunal en el fallo agregado a fs. 767/774 de estas actuaciones —específicamente a fs. 768— no ha «aceptado» las razones dada por la ex Séptima Cámara del Crimen para resolver del modo en que lo hizo, sino que tan sólo ha transcripto las partes pertinentes de la resolución objeto del recurso como lo hace de forma constante en todas las sentencias que emite. Asimismo, cabe señalar que en ese pronunciamiento sólo se dirimió un planteo de imparcialidad del Tribunal interviniente.

En función de ello, corresponde que este agravio también sea rechazado en la presente instancia. En virtud de las consideraciones precedentes, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day y Dr. Gómez. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. M. TERESA DAY Y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. M. TERESA DAY Y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 790/791 de estos obrados por el representante del Ministerio Público Fiscal.

2.- Confirmar la sentencia N° 329 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-1196/14.

3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen a fin de que prosiga la causa según su estado.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

11- BECERRA. OVIEDO CASTRO. 08-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=530>

Lex: Art. 45 y 95 del CP. Art. 474 inc. 2° del CPP.

Vox: Homicidio en agresión. JAI cuestionado. Recurso de revisión. Congruencia. Defensa in pejus.

Summa:

El **TPC** condenó a Hernán Ariel Oviedo Castro a la pena de **cinco años** de prisión, por resultar autor del delito de homicidio en agresión.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la falta de congruencia entre el hecho imputado y el hecho acusado y condenado. Afirma que hubo una variación fáctica que modificó aspectos esenciales de los hechos que sorprendieron al imputado y le impidieron ejercer su defensa. Deduce nulidad por defensa técnica previa ineficaz. También requiere la declaración de nulidad del procedimiento de juicio abreviado por consentimiento viciado, ya que mediaron vicios en su voluntad.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°1025, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ochoa Lucero.

b-CSJN

- “Zambianchi”, 15/2/2000:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=480539&cache=1691711139668>

- L.S. 333-64, 400-240, 407-155, 368-199, 419-17, 397-237, 388-024, 388-062

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente

(J.A.F)

Fallo:

CUIJ: 13-05340424-8/1((028601-103562)) FC/BECERRA GUAJARDO VICTOR G. LUCERO MENDEZ CESAR L. (M), VIDE LA TABOADA PABLO P / HOMICIDIO (103562/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105510353*

En Mendoza, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05340424-8/1 caratulada “F. C/ BECERRA GUAJARDO, VÍCTOR G. Y OT. P/ HOMICIDIO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Hernán Ariel Oviedo Castro interpone recurso de casación (fs. 1148/1157) contra la sentencia N° 1025, en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión, por resultar autor del delito de homicidio en agresión (arts. 45 y 95 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia tiene por acreditado que el «...28 de marzo de 2015 a las 0.25 horas aproximadamente, en inmediaciones de calle Eides y Villanueva de Malargüe [...], en cuya oportunidad, en horas más tempranas, alrededor de las 23 horas aproximadamente[...]» del día anterior, luego de reunirse en la plaza del barrio Güemes de la misma ciudad, los imputados Becerra Guajardo, Oviedo Castro, Jaque Pacheco, Javier Facundo Videla y Martín Alejandro Videla, se desplazaron en el Fiat 1500 conducido por el coimputado Márquez Taboada, hacia la intersección de las calles mencionadas, donde estaba el bar “Sayonara”, lugar en el que se desarrollaba una reunión, con el fin de agredir y lesionar a personas de la familia Vera, quienes se encontraban junto a un tercero en el interior de una Estanciera amarilla frente al bar. Al advertir que allí estaban Nicolás Díaz y Waldo Vera, los imputados arrojaron piedras contra el automotor y las personas que estaban en su interior. La víctima Waldo Vera descendió de la Estanciera, por lo que los agresores lo golpearon con piedras y palos, produciéndole traumatismo craneo encefálico con contusión cerebral y hemorragia intracraneana, según la necropsia de fs. 234, dándose a la fuga en el mismo vehículo automotor en el que llegaron a la escena del crimen, conducido por Márquez.

Vera falleció a las pocas horas en el hospital de Malargüe. Según el tribunal de sentencia, el hecho se consumó tumultuosamente, comportándose los encausados como agresores de quien no agredió, y sin que se haya podido determinar quién efectuó el golpe o lesión mortal.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensora porque la sentencia es nula, ya que se ha violado el principio de congruencia entre el hecho imputado y el hecho acusado y condenado, lo que surgiría de fs. 107, 693/702 y de los fundamentos. Describe que en la indagatoria el juez de instrucción le hizo saber que el hecho imputado consistió en causarle la muerte a Vera Espinosa mediante golpes con diferentes elementos, con la

participación de los coimputados y de menores de edad, lo que le produjo traumatismo cráneo encefálico severo, con paro cardio-respiratorio el 28 de marzo de 2015 a las 0.25 horas, en las inmediaciones de calles Eides y Villanueva de Malargüe.

Aduce que no se le indicó quiénes eran los coimputados ni el menor o menores que participaron; la marca del automotor en el que se desplazaron ni por quién era conducido; a qué bar se dirigían, qué fin perseguían; que la agresión fue con piedras y palos; qué día fue la agresión ni mayores circunstancias, lo que sí se hace en la pieza acusatoria que se transcribe en los fundamentos. Señala que hubo una variación fáctica que modificó aspectos esenciales de los hechos que sorprendieron al imputado y le impidieron ejercer su defensa. Reitera que desde el principio se debió informar los hechos de manera detallada. Agrega que se ha incurrido igualmente en una nulidad por defensa técnica ineficaz, ya que no se objetó lo relativo al principio de congruencia ni la escasa prueba del requerimiento de elevación a juicio, existiendo una duda fundada.

Explica que antes de ello no se petitionó nulidad, ni siquiera por la incongruencia, por lo que la defensa fue meramente formal.

Asimismo, requiere la declaración de nulidad del procedimiento de juicio abreviado por consentimiento viciado, ya que mediaron vicios en su voluntad. Indica que hubo coerción, puesto que se lo asesoró sobre la necesidad de someterse a ese procedimiento, por la abundancia de pruebas en su contra, mientras que durante los cuatro años que duró el proceso se le dijo que no habían pruebas para condenarlo, y que de no someterse al juicio abreviado, se arriesgaba a una pena de más de diez años de prisión, según refirieron el imputado y sus padres. Relata que de las pruebas señaladas en los fundamentos, no se puede derivar una sentencia condenatoria, así como tampoco de la audiencia del 11 de febrero surge que haya prestado libre consentimiento.

Destaca que sólo hay una testimonial que lo ubica en el lugar, que este testigo se fue del lugar y no vio el momento de la agresión, lo que no puede ser prueba suficiente, y que el testimonio de Díaz Nicola fue sin control de la defensa.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque no encuentra asidero frente a la fundamentación de la sentencia, que contempla las pruebas rendidas.

Dictamina que no se violó el principio de congruencia y que lo señalado por la defensa puede deberse a la coexistencia de la instrucción formal, en la que la imputación era más sintética, pero no obstante ello, contiene los argumentos indispensables para considerarla válida.

Sobre la crítica al consentimiento, considera que la defensa no canalizó adecuadamente el reclamo, no obstante lo cual concluye en que no acreditó que estuviera viciado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

En efecto, considero que no ha sido violado el principio de congruencia, ya que si bien existen ciertas diferencias entre los hechos imputados al momento de la indagatoria, con los que fueron objeto del requerimiento de elevación a juicio, que son aquéllos en los que se basó el juicio abreviado, éstas no se refieren a aspectos esenciales.

Así, surge de autos que se garantizó al imputado la posibilidad de defenderse en relación a todo elemento fundamental de la imputación, de manera de eliminar la posibilidad de sorprenderlo, endilgándole concretamente «[...] haberle causado la muerte a Waldo Antonio Vera Espinosa mediante golpes con diferentes elementos, con la participación de los coimputados y de menores de edad, lo que le produjo un traumatismo cráneo-encefálico severo, con paro cardiorespiratorio el 28 de marzo del corriente año, a las 0.25 horas aproximadamente, en inmediaciones de calle Eides y Villanueva de Malargüe» (acta, fs. 107).

Además, la quejosa no manifiesta, como era su deber, de qué forma la falta de mención de quiénes eran los otros imputados, el nombre de los menores de edad que participaron o la denominación del bar al que se dirigieron, la marca del vehículo en el que lo hacían o bien, el no detallar que la agresión fue con piedras y palos (recurso, fs. 1151 y vta.), pudo haber impedido el cabal ejercicio de los derechos de su asistido.

Por el contrario, de lo transcripto fluye que se le proporcionaron al acusado en ese acto, elementos suficientes para juzgar su conducta, sin que se verifique esa modificación esencial ni la sorpresa que, sin indicar de qué modo pudo haberse generado, en función de las constancias referidas, menciona la defensa.

Además, es claro que en los inicios de un proceso se cuenta con menos detalles que en estadios posteriores, dada la finalidad de la investigación.

Por ello, a medida que se avanza seguramente se reúnen más precisiones en relación a las circunstancias que rodearon el hecho, sin que este progreso de la investigación implique indefensión ni falta de congruencia.

Cabe resaltar que la crítica a la actuación del letrado anterior no puede ser acogida, desde que expresa solamente un desacuerdo con la estrategia defensiva llevada a cabo por él, sin que indique un desacierto evidente. Es más, la defensa funda su agravio en que dicho profesional, debió haber solicitado la nulidad de lo actuado, en especial por la falta de congruencia que, según sus dichos, se verifica en estos obrados, aspecto que en los párrafos precedentes ha sido terminantemente descartado.

Por ende, la interposición de una nulidad por dicho motivo, sólo habría generado costas para el peticionante.

A esto se suma que la queja sobre la entidad incriminatoria de las probanzas reunidas, lejos de ser una crítica razonada de las deficiencias que a su entender presentarían, ya sea en forma individual o conjunta, constituye una mera discrepancia con el criterio que tanto el defensor anterior como el a quo asumieron en su ponderación, sin aportar motivos que las descalifiquen, lo que también impide que prospere el recurso, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros).

Efectivamente, la censurante señala que «[...] no existían pruebas suficientes, existiendo al menos una duda fundada» (recurso, fs. 1153 vta), lo que no es así, desde que uno de los testigos que depusieron en autos, ubica al imputado en el lugar de los hechos.

Esta declaración, ponderada en forma conjunta con el resto de la prueba colectada, entre ella, la instrumental que no ha sido cuestionada y que por lo tanto, da fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (art. 296 CCC y en concordancia, L.S. 368-199, entre otros), permiten desechar la aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP invocado. Ello por cuanto la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, por parte de los miembros del tribunal, según se ha expresado reiteradamente (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Con relación a la falta de consentimiento del acusado, es menester destacar que si bien la vía legalmente establecida para encauzar este planteo, es el **recurso de revisión (art. 495 inc. 6 CPP)**, debe señalarse que de las constancias audiovisuales surge con claridad, que al ser preguntado Hernán Ariel Oviedo si entendió todo lo expresado en audiencia por la fiscal **respecto del juicio abreviado**, dijo que sí. De la misma manera, al interrogarlo específicamente sobre si aceptaba lo relativo a su participación en el hecho que terminó con la muerte del señor Orlando Vera, así como si entendía la calificación legal, nuevamente dijo sí. En similar forma, respondió con un «sí, acepto», cuando se le requirió que se expidiera sobre si aceptaba la pena de prisión efectiva, que finalmente se le impuso, y la obligación de concurrir a la Comisaría 24 y permanecer en su domicilio. O sea, del registro audiovisual (minuto 14:15 y siguientes, aproximadamente) emerge que su respuesta fue afirmativa, categórica, cuando se lo interrogó sobre cada una de las circunstancias precedentemente individualizadas. Frente a esto, los dichos de la quejosa en el sentido que no prestó el consentimiento (recurso, fs. 1153 vta.) o bien, –como expresa en párrafos siguientes– que sí lo prestó pero que no lo hizo libremente (recurso, fs. 1154), porque fue mal asesorado, no pueden conmovir la solución a la que se arriba. En primer lugar, porque no constituye una razón atendible para hacer lugar al recurso, que la impugnante no ejerciera la defensa del encartado en el momento de acordar el juicio abreviado, según se ha expedido la Corte Federal en un caso similar («Zambianchi», 15/2/2000 S.C.Z, 157), desestimándose que el cambio de defensor tenga la virtualidad de transformar una decisión cumplida con otra asistencia letrada, en recurrible. En igual dirección, esta Sala ha sostenido en un supuesto análogo al presente, que de acceder a lo impetrado, bastaría cambiar de defensor para intentar dejar sin efecto actos cumplidos válidamente con asistencia letrada (ver al respecto el precedente «Ochoa Lucero»). En segundo término, porque de lo hasta acá desarrollado, no emerge que el encausado haya actuado bajo coerción, ni que haya sido incorrectamente asesorado por su anterior abogado, extremo que sólo se apoya en los dichos de la censurante. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Hernán Ariel Oviedo Castro.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.

3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

12- ARRIETA. 17-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=515>

Lex: Art. 84 1° párrafo en función del art. 20 bis inc. 1°, 248 y 54 del CP y art. 474 inc. 1° y 2° del CPP.

Vox: Homicidio culposo. Incumplimiento de deberes de funcionario público. Fundamentación. Unificación de pena. Método compositivo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena única de **tres años y dos meses de prisión** de cumplimiento efectivo con más la inhabilitación por el término de diez años para ejercer funciones en la administración pública, por el delito de homicidio culposo en concurso ideal con violación de los deberes de funcionario público. La **defensa** de Marcelo Fernando Gómez interpone recurso de casación por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo por cuanto la sentencia es arbitraria y erróneamente fundada.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1279, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lorente. 30-09-16
- Cabañez. 28-06-99
- Escudero. 21-12-84: L.S. 186-427
- L.S. 325-1404
- Cirrincione. 07-03-78: L.S. 153-011
- L.S. 354-218

b-CSJN

- Acosta. 04-05-00:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4849201&cache=1691105697535>

Parágrafos destacados

“Ese deber es lo que se conoce como «posición de garante» que, precisamente, impone un mandato de evitación del resultado típico que resulta infringido en este tipo de ilícitos. Por lo tanto, el problema consiste en saber si el hecho cuya ausencia se demuestra eficiente en la producción del evento, debió o no, en la situación dada, ser ejecutado. Con lo cual, la mera abstención se transforma en omisión punible cuando el acto que habría evitado el resultado era jurídicamente exigible”

“Llegados a este punto, la imputación objetiva del resultado lesivo al omitente precisa, también, que se verifique un nexo causal entre la omisión y el resultado producido, lo que supone que el agente, por su especial posición, haya tenido el dominio del riesgo –o de la fuente de peligro–. Ello se entiende pues es la correspondencia de la omisión con el comportamiento activo la que permite fundamentar la imputación objetiva del resultado, en cuanto a la no evitación del mismo.”

“En resumen, podemos decir que la autoría en comisión por omisión requiere: (i) que exista una situación generadora del deber de obrar; (ii) que no se realice la conducta debida; (iii) que el agente haya tenido capacidad individual de actuar para el salvamento del bien jurídico tutelado y, pese a ello, no actuara; (iv) que el omitente haya estado en posición de garante del bien jurídico de que se trate; y, finalmente, (v) la imputación del resultado al omitente, porque omitió la conducta debida que habría evitado la producción del resultado con una probabilidad que debe ser rayana a la certeza.”

“Entiendo que el curso causal debe consistir en una cadena ininterrumpida de estados de cosas ilícitos, de manera que, si atraviesa un estado de cosas permitido, se rompe el nexo de imputación (requisito de continuidad). Un estado de cosas ilícito es, en primer lugar, aquel a cuya evitación se orienta la norma de cuidado; en segundo lugar, la propia lesión del bien jurídico ilícitamente causada; en tercer lugar, los estadios intermedios del curso causal que la observancia del deber de cuidado es generalmente idónea para evitar. Aquí el curso causal no ha resultado interrumpido, desde que la omisión de cumplimiento con el deber de cuidado se observa en el comportamiento del acusado de manera evidente, presentándose como elemento necesario y determinante del resultado fruto de la imprudencia.”

“En tercer lugar, resta decir que la posición de garante en cuya virtud era esperable la que el imputado hubiera llevado a cabo la conducta debida para que el resultado no se hubiera producido, no ha sido objeto de delegación de parte del acusado a ningún otro sujeto. En efecto, de acuerdo al marco fáctico y circunstancial analizado en los presentes obrados, más allá de la división de tareas derivada de la organización jerárquica y funcional bajo la cual se desarrollaban las labores en el ámbito de los servicios públicos en la Municipalidad de Santa Rosa, lo cierto es que la realización de las inspecciones siempre permaneció a cargo del acusado, quien ejecutaba personalmente -aún de modo deficiente- esa tarea.”

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

(D.F.)

Fallo:

CUJ: 13-04854766-9/1((038601-149999)) F.YQ.P.C/ ARRIETA HUGO ELADIO, OJEDA JUAN ALEJANDRO, GOMEZ MARCELO FERNANDO, GINART GASTON ALBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO IDEAL CON VIOLACION DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIOS PUBLICO (149999) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104937452*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04854766-9/1 caratulada “FC/ARRIETA, HUGO ELADIO, OJEDA, JUAN ALEJANDRO, GOMEZ, MARCELO FERNANDO Y GINART, GASTÓN ALBERTO P/HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO IDEAL CON VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO S/CASACIÓN”.

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

A fs. 90/104 vta. del legajo N° P-149999/17, el defensor del imputado Marcelo Fernando Gómez interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1279 (fs. 88/89 del legajo N° P-149999/17) de fecha 18 de junio de 2019 y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo con más la inhabilitación por el termino de diez años para ejercer funciones en la administración pública, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso ideal con violación de los deberes de funcionario público (art. 84 primer párrafo en función del art. 20 bis inc. 1, art. 248 y art. 54, todos del CP). Esa condena fue unificada con la dispuesta por el Segundo Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial mediante sentencia N° 2418 de fecha 16 de abril de 2017 recaída en autos N° P-112930/14, condenando al nombrado a la pena única de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas (art. 58 del CP y art. 60 in fine del CPP). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado –actuando en sala unipersonal– llegó a la certeza necesaria para condenar al imputado Marcelo Fernando Gómez a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo con más la inhabilitación por el termino de diez años para ejercer funciones en la administración pública, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso ideal con violación de los deberes de funcionario público (art. 84 primer párrafo en función del art. 20 bis inc. 1, art. 248 y art. 54, todos del CP).

Conforme se desprende del requerimiento de citación a juicio, al acusado se le atribuyó el siguiente hecho, a saber: «[q]ue para fecha 26 de noviembre de 2017, siendo aproximadamente las 20.30 hs., la menor y víctima en autos, Leonela Rosales Oropeza de dos años de edad, se encontraba jugando junto con su progenitora y dos primos en la plaza del distrito 12 de Octubre situada sobre el margen Norte de Ruta 50 y carril Mirador de Santa Rosa, cuando en un momento dado tocó con su brazo izquierdo la farola de luz de color verde ubicada sobre el lateral Oeste del mástil que se encuentra en el sector medio Sur de dicha plaza, a raíz de lo cual recibió una descarga eléctrica que le ingresó sobre la cara anterior del antebrazo

izquierdo y egresó por el pie derecho a la altura del segundo metatarsiano, provocando que la menor cayera instantáneamente desvanecida al suelo y, momentos más tarde, perdiera su vida». «De las inspecciones realizadas en el lugar del hecho para fecha 27 de noviembre de 2017, se pudo determinar que la farola de luz que electrocutó a la menor Leonela Rosales, no contaba con el mantenimiento de funcionamiento adecuado, de conformidad con lo informado por el E.P.R.E. [...], siendo los encargados del control y dicho mantenimiento el Sr. Marcelo Fernando GOMEZ, Director de Servicios Públicos de la Municipalidad de Santa Rosa, toda vez que tenía a su cargo todos los servicios que se prestan al vecino: regar las calles, limpieza, alumbrado [...].

Todos ellos, en forma conjunta, incumplieron con los reglamentos y deberes prescriptos que tenían a su cargo» (ver fs. 01 vta./02 del legajo N° P-149999/17).

Para decidir de tal modo, la jueza interviniente valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, el acta de procedimiento de fs. 16 y vta., la necropsia de fs. 77, las actas de inspección de fs. 85/87, los informes técnicos realizados por personal de Policía Científica de fs. 106/108 y 110/112, el acta de inspección elaborada por el E.P.R.E. de fs. 204/214 y la declaración testimonial prestada durante la investigación penal preparatoria a fs. 220/221 y durante el juicio por el Ing. Castañeda del E.P.R.E.

Ello, además de toda la prueba instrumental debidamente incorporada a la causa, así como también, las declaraciones testimoniales producidas dentro del marco del debate oral.

2.- Recurso de casación

El defensor del acusado Marcelo Gómez impugna la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art 474 incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Expresa que la sentencia que condenó a su representado resulta nula por cuanto luce arbitraria y deficitariamente fundada.

En este plano, sostiene que la reproducción del soporte audiovisual en el que obran los fundamentos del fallo demuestran la falta de acreditación del hecho, de la autoría y de la responsabilidad criminal del imputado, traduciéndose ello en la existencia de un vicio vehemente de falta o de errónea motivación.

Aduce que el tribunal de juicio valoró únicamente la prueba testimonial de cargo, descartando injustificadamente en el análisis probatorio de la causa, no sólo el contenido de la declaración indagatoria del imputado sino, además, toda la prueba testimonial e instrumental que hace de soporte de sus dichos. Vicio desde el cual postula la violación de lo prescripto por el art. 411 del CPP en orden a la exigencia de una determinación precisa y circunstanciada del hecho tenido por acreditado en el debate.

Refiere que ninguna de las afirmaciones alcanzadas en la sentencia respecto de los puntos controvertidos del suceso, se ensamblan con la evidencia inalterable que surge de la prueba reunida en la causa. Manifiesta que es erróneo el modo en que la sentenciante valoró el informe del E.P.R.E y la declaración del Ing. Castañeda pues ambos elementos debieron ser interpretados considerando que la intervención de este profesional fue posterior al hecho, y que ello resultó porque su presencia en el paseo público del Distrito 12 de Octubre no era necesaria ya que el mismo no presentaba novedades que requiriesen su actuación. Puntualiza en que el referido testigo –Castañeda– dijo, entre otras cosas, que hay actos de vandalismo, que la normativa pide una jabalina como vía de descarga eléctrica para evitar accidentes, y que, apelando a la duda, no precisó si la deficiencia que causó el accidente fue producto de vandalismo o por falta de mantenimiento.

Agrega la defensa que si bien señaló que la luminaria en cuestión no tenía «puesta a tierra», pero no aclaró que el poste de hierro trabaja como «puesta a tierra», lo que produce que, ante el hipotético caso

de que el mástil sea conductor de corriente porque un cable está en contacto con el mismo, no sea posible la electrocución humana, porque ello provocaría un cortocircuito cuya consecuencia hubiese sido que saltara una llave térmica, un disyuntor, una llave de corte, o bien un fusible. Con lo cual considera que todo se trató de un accidente derivado de la conducta de la víctima quien tocó con su cuerpo un cable de energía que, a causa de actos de vandalismo, se encontraba expuesto, y no la pilastra de hierro propiamente dicha.

Por otra parte, plantea que son infundadas las conclusiones de la jueza en cuanto a que las inspecciones realizadas en el lugar del hecho fueron deficientes. Como contrapartida, señala que obran incorporadas en la causa una serie de actas de inspección municipal cuyo valor, dado el carácter de instrumento público, no fue cuestionado por ninguna de las partes durante el debate, por lo que no se puede poner en duda su legitimidad.

Resalta que esas inspecciones fueron realizadas por su representado, y que en ninguna se constató que hubieran existido novedades, lo que es relevante porque el último control fue efectuado dos días antes de que ocurriera el suceso investigado -26 de noviembre de 2017-.

Asimismo, critica que la jueza de sentencia haya minimizado la existencia de actos de vandalismo, porque se trata de hechos que existieron antes del hecho, continuaron luego del mismo, y persisten en la actualidad.

En esa línea menciona que la Ordenanza N° 2210/17 emitida por el Concejo Deliberante del departamento de Santa Rosa en fecha 23 de mayo de 2017, patentiza esa situación al solicitar la colocación de luminarias antivandálicas para las plazas y espacios verdes. Aspecto que fue corroborado mediante las declaraciones de varios testigos, cuando de modo conteste afirmaron la subsistencia de bandidaje, así como las consecuencias de ellos en tales lugares.

Por otro lado, controvierte la interpretación que hizo la jueza sobre la supuesta inexistencia de medidas de seguridad en el lugar destinadas a prevenir esta clase de hechos pues, a diferencia de lo afirmado en la pieza impugnada, se acreditó en el debate que no era necesario extremar las medidas de seguridad porque las inspecciones arrojaron resultados negativos sobre novedades en el sistema eléctrico. Focaliza en que la propia progenitora de la víctima dijo que el paseo público era seguro.

De este modo, el recurrente considera que la prueba producida en el plenario acredita debidamente la existencia de una concausa espontánea que, siendo ajena a la voluntad, cuidado y vigilancia del imputado, provocó un quiebre en el nexos causal mediante el cual el tribunal de juicio le imputa el resultado mortal a su representado.

Así, según su perspectiva de los hechos, el accidente se ocasionó porque la acción vandálica de terceros ocurrida entre la noche del viernes 24 y la tarde del domingo 26 de noviembre de 2017, provocó el corte y exposición de cables de energía de aquella pilastra de luz alcanzada por la niña, que le provocara la descarga eléctrica que ocasionó su muerte. Esa falta de correspondencia entre la omisión y el resultado fatal impide endilgarle responsabilidad a Gómez ya que, además, el bien jurídico tutelado o fuente de peligro estaban controlados por el celo laboral del mismo, quien no puede hacerse cargo de actos vandálicos producidos durante un fin de semana.

En base a todo ello, el defensor considera que son mayores los elementos que desacreditan la acusación, por lo que solicita la nulidad del fallo impugnado y la absolución de su representado. Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 130/131 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por el recurrente y de señalar que el recurso de casación procede formalmente, considera que no debe ser acogido sustancialmente.

Estima que el quejoso, a pesar de endilgar falta de fundamentación a la sentencia, sólo pone de manifiesto la discrepancia propia del legítimo ejercicio de su ministerio, con la interpretación dada al plexo probatorio.

Expresa que el tribunal de juicio efectuó un análisis acabado del mismo, dando razones suficientes por las cuales llegó a la certeza necesaria para condenar al acusado como lo hizo. En ese orden, manifiesta que la jueza aclaró que si las farolas hubieran sido debidamente inspeccionadas, se hubiera evaluado que varias de ellas no tenían la «puesta a tierra».

A su vez, descartó que los actos de vandalismo ocasionados desde el 15 de noviembre pudieran haber afectado la puesta a tierra, porque ello hubiera sido absolutamente notorio.

Y especificó que el deber de control genera un principio de confianza, que el imputado violó su deber de control, generando que la confianza que puso la familia terminara en un accidente.

Señala que la sentencia también descartó fundadamente la concausa o prohibición de regreso alegada por el defensor, estableciendo que el curso causal exigía que se inspeccionara e informaran las deficiencias para que la plaza reuniera las condiciones de seguridad exigidas, y, dentro de la medida de lo posible, estaba la puesta a tierra.

Con ello considera que ha quedado correctamente establecido que el nexo causal entre lo que no se hizo y lo que se produjo. Expresa que las constancias audiovisuales que registran los fundamentos del fallo, descartan la alegada omisión de valoración de la declaración del acusado.

En definitiva, estima que la sentencia se encuentra debidamente fundada, y que de ninguna manera puede sostenerse que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, por lo que el planteo de la defensa resulta infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el recurrente, considero que el recurso de casación articulado debe ser parcialmente acogido, ello en razón de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

En consideración de los agravios esbozados por la defensa de Marcelo Fernando Gómez, y de la solución adelantada en el párrafo precedente, se analizará la labor del tribunal de juicio en dos planos.

En primer lugar, el examen casatorio hará foco sobre la selección y valoración del material probatorio realizada por la jueza de la instancia anterior para concluir asertivamente sobre la existencia material del hecho y la intervención del acusado como autor del mismo (a).

En segundo lugar, aquella revisión se extenderá sobre la fundamentación del monto de pena única individualizado en la sentencia (b).

a. Sobre la validez de la sentencia como acto procesal.

En resumidas cuentas, el escrito defensivo plantea que la sentencia resulta nula, de nulidad absoluta, por cuanto carece de los requisitos legales que la estructuran como acto jurisdiccional válido.

Para ello, el recurrente se apoya en dos motivos fundamentales, a saber: a) falta de determinación del hecho probado; b) inexistencia o errónea fundamentación en cuanto al carácter de autor del acusado derivado de la arbitrariedad en la valoración de la prueba.

En lo que sigue se abordan ambos cuestionamientos.

a.1. Consideraciones acerca de la alegada nulidad por infracción a los términos previstos en el art. 416, inc. 2 del CPP

En el marco que supone la violación de aquellas normas del Código de forma establecidas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, el letrado defensor entiende que la resolución recurrida vulnera la manda procesal por cuanto omite determinar, en forma precisa y circunstanciada, cuál ha sido el hecho que el tribunal de juicio estimó acreditado.

En este punto cabe recordar, que es criterio sostenido por esta Sala, conforme el cual no es admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes, evitando el establecimiento de nulidades puramente formales, acogiendo solamente las que resulten idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese interés (**“Lorente”, “Cabañez”, entre otros**).

De tal manera, y como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (**CSJN, «Acosta», sentencia de fecha 04/05/2000**).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404).

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, se comprueba que la defensa se limita a señalar supuestas inobservancias de la ley ritual, pero no pone de resalto el derecho afectado, más allá de referir genéricamente a garantías constitucionales. Dicho en otras palabras, la defensa no explica en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para su defendido.

Ahora bien, independientemente de esa ausencia de explicación concreta del sentido de la nulidad pretendida, tal como lo anticipé, el planteo nulificante no puede prosperar, desde que el repaso de las constancias audiovisuales en el que obran los fundamentos orales del fallo impugnado ratifican, sin margen de duda, que el acto sentencial cumple acabadamente con los requisitos que hacen a su validez. Mediante una exposición clara, ordenada, precisa y completa, la jueza de grado señaló acabadamente los motivos fácticos y jurídicos que la condujeron a pronunciarse en el sentido condenatorio que aquí resulta cuestionado.

Labor en la que no se advierte omisión en orden a la mención del acontecimiento tenido por históricamente comprobado.

Así, la jueza a quo al comenzar su exposición valorativa expresó que, dentro de la plataforma fáctica que conformó la acusación fiscal, podían identificarse aspectos que no resultaron controvertidos entre las partes.

En este segmento incluyó las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjo el suceso criminoso. Esto en cuanto a que éste tuvo lugar «[e]l día 26 de noviembre del año 2017, en la plaza del distrito 12 de Octubre, jugaba junto a sus primos y su mamá Leonela Rosales y que, en momentos de acercarse a un poste de luz que se encontraba en la cercanía del lugar donde estaban los mástiles, la niña cayó, y cuando su mamá la miró, ya se había desvanecido». Lo mismo puede decirse en cuanto a la causa de muerte de la niña, esto es, que el deceso se produjo por electrocución provocada por una «[p]ilastra

de luz que se encontraba a escasos dos metros del lugar donde se encontraba su mamá, y que esta pilastra de luz, conforme las inspecciones oculares que se realizaron, le faltaba la tapa –vimos la foto- y habían cables que estaban por fuera de la pilastra. Esos cables fueron los que produjeron la electrocución o la muerte a Leonela» (ver registros audiovisuales, “audiencia 18/06/19”, 00:07:10).

Luego de ello, la jueza abordó las cuestiones que fueron motivo de controversia a lo largo del debate: (a) la existencia de disyuntor; (b) la realización de inspecciones; (c) la existencia de actos de vandalismo; y, (d) las medidas de seguridad adecuadas. Todos aspectos estaban referidos, obviamente, al lugar del hecho (a partir de 00:08:47). Sentado cuanto precede, opino que el repaso integral de los fundamentos orales dados por el tribunal a quo descarta adecuadamente el agravio defensivo referido a la supuesta existencia de un vicio nulificante por omisión de determinación del hecho tenido por probado.

En tal sentido, advierto que la sentencia, como pieza jurídica, no omite mencionar el acontecimiento histórico tenido por comprobado a partir de las constancias probatorias que acompañan la causa, al que lo describe con precisión y claridad en todas las circunstancias que lo configuran e individualizan como un suceso histórico determinado, respecto del cual le atribuyó responsabilidad penal al acusado como autor en comisión por omisión. Éste, sin lugar a dudas, ha sido el hecho que constituyó la teoría del caso sustentada por los acusadores –público y privado–, y así ha quedado establecido y expresado en la motivación del fallo. Con lo cual, sin necesidad de mayores explicaciones al respecto, advierto que la pieza impugnada cumple adecuadamente con lo previsto en el art. 411 inc. 3 del CPP, por lo que el agravio defensivo propuesto en esta línea debe ser rechazado.

a.2. Sobre la pretendida arbitrariedad en la acreditación de la autoría

Ante todo, y por resultar éste el punto central de la crítica casatoria, entiendo pertinente formular una breve aclaración en relación a los vicios señalados por el recurrente en su escrito recursivo.

Ello pues, si bien la defensa aborda de manera separada los vicios que considera in iudicando de aquellos vinculados a la presunta afectación de aspectos formales (ver recurso, fs. 94 vta./95), a poco de ingresar en su análisis se advierte que ambos podrían fundirse en uno sólo, por lo que serán tratados conjuntamente.

En consecuencia, creo que ambos agravios decantan en un mismo planteo que debe ser resuelto en forma conjunta: la legitimidad del razonamiento judicial aplicado a la valoración de la prueba incorporada al expediente para concluir afirmativamente respecto a la materialidad de los hechos y a la autoría que del acusado en ellos. A mi entender, la debe ser contestada en el sentido de la validez de la sentencia cuestionada, en la medida en que no existe vicio o defecto en el razonamiento referido que amerite su descalificación como acto procesal válido.

Analizando el discurrir lógico por el que atraviesa la fundamentación de la sentencia impugnada, se observa que la motivación es suficiente y no adolece de falencias que impliquen su anulación, teniendo en cuenta que, conforme la pacífica jurisprudencia de esta Sala, la extrema solución de la nulidad debe sustentarse en defectos de una entidad tal que equivalgan a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427; 153-011; 354-218).

En efecto, la sentenciante se ha valido de toda la prueba producida durante el debate, así como también, de aquella que fuera incorporada al mismo de común acuerdo por las partes al juicio, valorando e interpretando cada uno de los elementos que conformaron el plexo probatorio en un todo conforme con los principios que conforman el sistema de la sana crítica racional. Desde allí, arribó – adecuadamente, a mi entender– a un juicio de certeza positiva respecto de ambos extremos de la imputación delictiva, esto

es, sobre la existencia material de los hechos objeto del proceso y la responsabilidad penal que le cupo sobre ellos al acusado.

Así, en la fundamentación de esa solución no se observan vicios de contradicción, insuficiencia o arbitrariedad. Veamos. La defensa sostiene que la sentencia es nula por la arbitrariedad manifiesta y falta de razón suficiente en la acreditación de ambos extremos de la imputación delictiva.

Al individualizar concretamente las razones de tal arbitrariedad, cuestiona la labor de valoración de la prueba realizada por el tribunal de juicio, y señala que se ha marginado deliberadamente de ella el contenido de la declaración prestada durante el debate por el acusado en ejercicio de su defensa material, así como también, ciertos elementos de prueba que corroboran su versión de descargo en los hechos.

En definitiva, según la tesis defensiva, la conclusión condenatoria a la que arriba la sentencia resulta ilógica, desprovista de elementos probatorios que la erijan como explicación válida de los hechos investigados, y de la responsabilidad penal que se le endilgó a su representado. De acuerdo con ello, las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso me inclinan a abordar el tratamiento de los agravios casatorios del siguiente modo.

En primer lugar individualizaré someramente cuáles son los elementos centrales que requiere la imputación de los delitos de omisión impropia; en segundo lugar, examinaré el razonamiento de la jueza sentenciante sobre los elementos que conforman el plexo probatorio que acompaña la causa; finalmente, proyectaré y confrontaré lo analizado en los puntos precedentes para, desde allí, exponer los motivos por los que entiendo que el silogismo argumentativo de la jueza de la instancia anterior es correcto en cuanto a aquello que considera fácticamente probado, así como el encuadramiento jurídico dado a esos hechos y al actuar omisivo del acusado.

a.2.1. Delitos impropios de omisión

a.2.1. Sin necesidad de entrar en mayores consideraciones teóricas sobre las exigencias típicas que plantea **la imputación penal de los delitos impropios de omisión**, particularmente en cuanto a las vastas discusiones dogmáticas mediante las cuales se abordan las dificultades teóricas y prácticas derivadas de la atribución de responsabilidad penal sobre un evento externo y positivo a un sujeto que no ha actuado cuando debía hacerlo, lo cierto es que resulta posible observar un cierto consenso en que nos encontramos frente a una forma de conducta delictual en la que el sujeto infringe los deberes contenidos en dos normas: una que prohíbe y otra que ordena.

Aquí, la desobediencia de una norma prohibitiva se produce como consecuencia de omitir la impuesta por otro precepto que ordena un comportamiento positivo. Por ello, en definitiva, existe una infracción de deber positivo.

Es aceptado, también, que únicamente es posible imputar un comportamiento omisivo cuando se reúnen ciertos requisitos especiales puesto que, lo que convierte a un agente en sujeto activo de delitos de omisión impropia, es el deber, jurídicamente impuesto, de hacer lo posible para evitar la consecuencia lesiva o dañosa de bienes jurídicos tutelados por la norma penal e, incluso, la generación de un riesgo para los mismos.

Dicho en otros términos, cuando el delito se realiza mediante una omisión que tiene correspondencia con la realización del tipo penal mediante un hacer, sólo puede ser sujeto activo quien debe responder jurídicamente para que el resultado no acontezca.

Es decir, hacer lo que esté a su alcance para que no ocurra. Lo prohibido es que quien tiene el deber jurídico de actuar, omita la conducta necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto típico. Ese

deber es lo que se conoce como «posición de garante» que, precisamente, impone un mandato de evitación del resultado típico que resulta infringido en este tipo de ilícitos.

Por lo tanto, el problema consiste en saber si el hecho cuya ausencia se demuestra eficiente en la producción del evento, debió o no, en la situación dada, ser ejecutado.

Con lo cual, la mera abstención se transforma en omisión punible cuando el acto que habría evitado el resultado era jurídicamente exigible.

Así, en el ámbito de estos delitos lo realmente importante es que exista una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación, pues ello es lo determinante para la generación del deber de realizar lo posible para que el efecto no querido por la ley no ocurriese.

Llegados a este punto, la imputación objetiva del resultado lesivo al omitente precisa, también, que se verifique un nexo causal entre la omisión y el resultado producido, lo que supone que el agente, por su especial posición, haya tenido el dominio del riesgo –o de la fuente de peligro–.

Ello se entiende pues es la correspondencia de la omisión con el comportamiento activo la que permite fundamentar la imputación objetiva del resultado, en cuanto a la no evitación del mismo.

Lo antedicho permite afirmar que, cuando se trata de delitos como el que constituye el objeto de este proceso –homicidio–, sea que se trate **de omisiones dolosas como culposas**, resulta claro que causar a otro la muerte abarca no solo los procesos de puesta en marcha de un curso causal que provoca el suceso mortal sino, también, el supuesto de no impedir la producción de ese resultado muerte de alguien cuando debe evitarlo, porque se tiene una obligación especial con el bien jurídico tutelado.

En resumen, podemos decir que la autoría en comisión por omisión requiere: (i) que exista una situación generadora de deber de obrar; (ii) que no se realice la conducta debida; (iii) que el agente haya tenido capacidad individual de actuar para el salvamento del bien jurídico tutelado y, pese a ello, no actuara; (iv) que el omitente haya estado en posición de garante del bien jurídico de que se trate; y, finalmente, (v) la imputación del resultado al omitente, porque omitió la conducta debida que habría evitado la producción del resultado con una probabilidad que debe ser rayana a la certeza.

*a.2.2. Conforme se desprende de los fundamentos del fallo bajo examen, resulta que **la conducta omisiva que se le reprocha al acusado consistió en no haber evitado la muerte de la niña L.R.O. estando en posición de garante.***

Dicho según los términos utilizados en el análisis precedente, se le atribuye la no realización del comportamiento que, siéndole jurídicamente exigible –y, por tanto, esperable en ejercicio de su función pública– habría evitado el resultado mortal.

A esa solución condenatoria subyace una visión de los hechos en la que el hoy acusado –Marcelo Fernando Gómez–, en su función de Director de Servicios Públicos del departamento de Santa Rosa, omitió realizar los controles e inspecciones debidos para garantizar la seguridad del paseo público que se encontraba a su cargo, lo que determinó la producción del resultado mortal.

Específicamente, la omisión consistió en no controlar adecuadamente que el sistema eléctrico y de iluminación del paseo público del Distrito 12 de Octubre –fuente de peligro a su cargo– contara con las medidas de seguridad exigidas por la normativa vigente, y no adoptar –en consecuencia– aquellas que, en su defecto, resultaban certeramente adecuadas para evitar eventos como el de autos.

Frente a ello, la estrategia argumentativa del recurrente consiste en atacar ese razonamiento del a quo como arbitrario en el nivel de la aplicación del derecho, a partir de cuestionamientos sobre la valoración de la prueba.

En efecto, el impugnante plantea una hipótesis desincriminante que desvincula de responsabilidad al acusado en el homicidio culposo investigado, sustentando su hipótesis desincriminante en las siguientes **premisas:**

- (a) el acusado realizó las inspecciones y controles inherentes a su cargo en debida forma;
- (b) la muerte de la víctima se produjo de forma accidental, como consecuencia de comportamientos materiales ajenos al ámbito de control del acusado –actos vandálicos– sobre los que no debe responder; finalmente,
- (c) la adopción de medidas para reforzar la seguridad en el espacio público donde se produjo el hecho no era necesaria, dado el resultado de las inspecciones previas sobre el sistema eléctrico.

A partir de ello, advierte que los actos de vandalismo que individualiza, ocurridos desde el momento en que Marcelo Fernando Gómez inspeccionó por última vez el espacio público del Distrito 12 de Octubre del departamento de Santa Rosa –24 de noviembre de 2017– sin constatar irregularidades en el sistema eléctrico, hasta el día en que se produjo el desenlace mortal –27 de noviembre de 2017–, provocan un quiebre en el nexo causal entre la omisión y el resultado enrostrado, que elimina la responsabilidad penal de su asistido. Después de analizar las constancias probatorias obrantes en la causa, entiendo que el intento nulificante del recurrente no luce lo suficientemente sólido como para alcanzar el resultado que se propone.

Advierto que su pretensión casatoria sólo constituye un intento de desvincular a su representado de los hechos que se le imputan mediante interpretaciones fragmentadas del material probatorio que acompaña la causa, que sólo reflejan una discrepancia de su parte, insusceptible de demostrar la pretendida arbitrariedad respecto a lo que la jueza consideró probado y el encuadramiento jurídico dado a estos hechos.

La afirmación referida en el párrafo precedente se justifica desde que el razonamiento seguido por la a quo no presenta lagunas ni vicios en la argumentación. Cada una de las proposiciones anteriores a la conclusión condenatoria se integra y se sustenta –adecuadamente– en el material probatorio producido e incorporado a la causa, el que acredita con acierto cada uno de los elementos esenciales exigidos para imputarle al acusado la autoría en el delito enrostrado, en la modalidad de omisión impropia.

A mi modo de ver, ha quedado claro en los fundamentos del fallo cuál era la conducta que tenía que llevar a cabo el acusado para, en su rol de garante, evitar la producción del resultado con probabilidad rayana a la certeza. Y que, en la situación dada, debió ser ejecutado por el acusado.

En primer lugar, hay circunstancias comprobadas en la causa que demuestran fehacientemente que el imputado, como funcionario público designado en el cargo de Director de Servicios Públicos de la Municipalidad de Santa Rosa, conforme resolución municipal de fecha 16 de agosto de 2017 (fs. 88), debía garantizar la seguridad de los espacios públicos a su cargo, entre los que se encontraba el denominado comúnmente por los habitantes del lugar como “Paseo 12 de Octubre”, sitio en que se produjo el suceso investigado. Según se desprende de diversas testimoniales rendidas durante el debate, particularmente de quien estuviera a cargo del Poder Ejecutivo Municipal al momento en que se produjo el hecho objeto del proceso –Norma Trigo–, de acuerdo al organigrama municipal, el Director de Servicios Públicos era la autoridad máxima dentro del área respectiva, existiendo además tres Jefaturas que estaban a su cargo, con personal destinado al efecto (ver registros audiovisuales, audiencia del 11/06/19, primera parte, a partir del minuto 00:17:50). Dentro del ámbito de su competencia funcional, tenía a su cargo el deber de controlar e inspeccionar las fuentes de peligro existentes en los espacios públicos ubicados en el interior del departamento de Santa Rosa que se encontraban bajo su responsabilidad, entre ellas, las plazas

ubicadas en el distrito 12 de Octubre. Esto incluía, lógicamente, revisar e inspeccionar con periodicidad las instalaciones eléctricas existentes en los mismos pues, también resultó acreditado en el debate oral, el deslinde de responsabilidades entre el Municipio, la Cooperativa Eléctrica proveedora del servicio público y el E.P.R.E. En este punto, no ha sido materia de controversia que la Municipalidad es responsable del mantenimiento y del funcionamiento del sistema de suministro eléctrico desde el medidor de energía eléctrica –“elemento de corte principal”– hacia el interior de los espacios públicos –“aguas adentro”–, en su calidad de usuaria del mismo. Por su parte, la responsabilidad de la distribuidora ese circunscribe desde el elemento de corte hacia la red de distribución –“aguas arriba”– (ver declaración del Inc. Castañeda, a partir de 00:57:00; ver declaración de Amprino, audiencia del 11/06/19, segunda parte, a partir del minuto 00:04:22).

Finalmente, es el ente de control quien, a su vez, controla a las empresas distribuidoras. Ahora bien, ese deber de vigilancia inherente al cargo que investía el acusado cuando se produjo el hecho se hizo aún más evidente y exigible cuando se alertó expresamente al Municipio respecto del peligro para la vida y la integridad física de las personas que concurrían a los espacios públicos que representaba el estado de las instalaciones de iluminación del espacio público. Según surge de autos, fue el propio Concejo Deliberante quien, mediante Ordenanza N° 2210/2017, de fecha 23 de mayo de 2017, le ordenó al Poder Ejecutivo municipal la adopción de las medidas que resultaren necesarias para «[...] llevar a cabo la iluminación y el reacondicionamientos de espacios públicos del Departamento de Santa Rosa», fijando incluso una prioridad en la Plaza Santa María del distrito 12 de Octubre –lugar del hecho– en el que se aconsejó la utilización de «luminarias especiales anti vandálicas de funcionamiento refractivo» (fs. 31/32). Mas allá de los justificativos de orden económico a los que acudiera el acusado y la entonces intendente del lugar para explicar los motivos que determinaron el incumplimiento a dicha ordenanza (ver registros audiovisuales, audiencia del 11/06/19, primera parte, a partir del minuto 00:10:30), lo cierto es que comparto con la jueza de la instancia anterior la afirmación que descarta el valor de ese argumento como desincriminante, pues no resulta atendible que Marcelo Fernando Gómez, como Director de Servicios Públicos de la comuna, haya desconocido el contenido de ese instrumento.

Ni mucho menos que, aún así, ello justifique la inacción de su parte, como lo insinuó al declarar durante el juicio en ejercicio de su derecho de defensa material (ver registros audiovisuales, audiencia del 10/06/16, a partir del minuto 00:28:40) pues, según surge de las constancias comprobadas de la causa, ha resultado un dato incontrastable de la realidad que –como se verá– las instalaciones eléctricas del paseo público se encontraban en un estado de notable y ostensible deterioro.

Ese cuadro de situación debió –cuanto menos– ser advertido por el funcionario responsable –Gómez–, porque era él quien tenía a su cargo el deber de contralor sobre tales espacios, además de contar con los medios necesarios para ejecutar las medidas –mínimas– esperadas que, a la postre, hubieran evitado el suceso trágico.

Esas medidas, como bien señaló la juzgadora, no requerían grandes erogaciones económicas pues bastaba sólo con detectar la falta de puesta a tierra, y proceder a la interrupción del suministro eléctrico (ver registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, a partir del minuto 00:17:15).

En segundo lugar, de acuerdo al contenido de ese deber de garantía, la prueba valorada por el tribunal de sentencia acredita suficientemente que el acusado, al omitir inspeccionar el estado de las instalaciones eléctricas de las luminarias no cumplió con los deberes legales a su cargo, al no realizar del modo exigido la conducta debida.

Ello, de acuerdo con los parámetros exigidos por la normativa nacional y provincial, entre ellas, la ley 19.587, de higiene y seguridad, y su decreto reglamentario 351/79, así como la Reglamentación para la Ejecución de Instalaciones Eléctricas en Inmuebles de la Asociación Electrotécnica Argentina (ver registros audiovisuales, audiencia del 11/06/19, primera parte, a partir del minuto 00:51:50).

Lo anterior se corresponde con la afirmación realizada por la a quo cuando expresó que las inspecciones realizadas por el acusado –derivadas de su deber de garante–, particularmente aquella ejecutada dos días antes del evento mortal no fueron realizadas diligentemente, pues se dio cuenta de la inexistencia de «novedades» –irregularidades– en las instalaciones y estructuras con componentes electrificados presentes en el Paseo 12 de Octubre (ver fs. 85/86 y registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, a partir del minuto 00:25:20).

La validez de ese razonamiento se comprueba con el resultado del examen técnico realizado posteriormente en el lugar de los hechos –el día 27/11/17– por el Ing. Omar Castañeda del Ente Provincial Regulador Eléctrico (E.P.R.E.), en conjunto con personal de la Cooperativa de Electrificación Rural “Alto Verde y Algarrobo Grande” –proveedora del servicio eléctrico– y de la Municipalidad de Santa Rosa (ver fs. 205/214).

El contenido del acta de inspección individualizada bajo la numeración “D-134/17” corrobora la omisión de debida diligencia incurrida por el acusado.

Es relevante mencionar que allí, entre otras irregularidades, se refiere que la inspección de las instalaciones eléctricas emplazadas en el referido espacio público comprueba que «[l]a acometida del comando del A.P. se encuentra en mal estado de conservación y mantenimiento [...]. [E]l gabinete que aloja el sistema de comando NO posee traba de cierre que asegure la tapa, ni tampoco contratapa, presentando conductores y borneras expuestos [...]. [S]e verificó que dicho comando NO posee Disyuntor Diferencial exigido por normativa imperante [...]». También menciona que «[d]esde la caja de comando de A.P. se deriva un circuito eléctrico subterráneo que da suministro a las luminarias emplazadas en el paseo público, siendo dichas instalaciones operadas y mantenidas por la Municipalidad de Santa Rosa. Se observa que las referidas luminarias están conformadas por una columna metálica con caja de registro [...]. Se verifica que las columnas metálicas NO poseen la puesta a tierra exigida por normativa imperante» (fs. 205).

Concluyéndose que «[l]as anomalías constatadas generan Alto Riesgo para la Seguridad de las personas y sus bienes, por lo que la Cooperativa Alto Verde procede a desconectar los conductores de derivación de acometida de A.P., a los efectos de inertizar el riesgo detectado» (fs. 206).

Uno de los puntos relevantes extraíbles de ese informe técnico, y que comprueba el acierto de la sentenciante, resulta de la observación de que las luminarias instaladas en el lugar del hecho no presentaban instalaciones de «puesta a tierra», lo que se constituyó en una pieza de cargo determinante para la atribución de responsabilidad penal al acusado por el fallecimiento de la niña. Varios pasajes de los fundamentos que acompañan el fallo hacen hincapié en ese aspecto, al considerar que si las inspecciones del acusado se hubieran realizado adecuadamente, según la normativa aplicable para el caso de instalaciones eléctricas en lugares públicos, se habría podido constatar aquella ausencia de ese medio de seguridad. En este sentido, y de manera expresa, la jueza de la instancia anterior refirió: «Varias de ellas [por las luminarias] no tenían la puesta a tierra, y que, otras, habían sido pintadas en el lugar de la puesta a tierra, lo que dificultaba que la transmisión [de energía a tierra] se realizara efectivamente» (ver registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, minutos 00:14:15/00:14:50).

A ello agregó que aquello también hubiera facilitado la adopción de las medidas de seguridad requeridas para evitar sucesos como el aquí investigado, para lo cual bastaba solamente interrumpir el suministro eléctrico (ver minuto 00:17:55). Obsérvese que el informe y las declaraciones testimoniales brindadas durante la investigación penal preparatoria (fs. 220/221) y en el marco del debate oral por el profesional designado por el E.P.R.E. para la realización del examen técnico en el lugar del hecho –Ing. Omar Castañeda–, son piezas claves en el andamiaje probatorio que sustenta el fallo en revisión. Varios motivos me persuaden a compartir la valoración de esos elementos por el tribunal de juicio en tanto aportan elementos concluyentes para reconstruir y determinar con precisión cómo ocurrieron los acontecimientos investigados, particularmente, el nexo entre la omisión imprudente del acusado de cumplir efectiva y diligentemente con los deberes legales de cuidado, inherentes a su función pública, y el resultado mortal producido.

Por un lado, las declaraciones del testigo Castañeda precisan e identifican objetivamente cuál fue la deficiencia en la instalación eléctrica que provocó la electrocución, que no fue debidamente verificada por el funcionario responsable de esa fuente de peligro –Marcelo Gómez–. En este punto, debe señalarse que resulta fundamental para la acreditación del hecho atribuido al acusado la declaración del testigo de mención cuando refiere que la ausencia de instalación de un sistema de puesta a tierra en la farola de luz –como medida de seguridad exigida por la reglamentación vigente destinada a proteger a las personas contra los peligros que puedan resultar de un contacto eléctrico– resultó ser la causal de la electrificación de la columna metálica. Asimismo, que ello se provocó por la sección –y falta de aislación– de los cables del circuito eléctrico a través de los que se le suministraba energía a la pilastra (ver acta de procedimiento de fs. 16/17, declaración testimonial de Juan Morelatto de fs. 22, entre otros), que, en definitiva, fue alcanzada mediante el brazo izquierdo de la menor, provocando con ello el desenlace mortal por la descarga eléctrica primaria en su cuerpo.

En la declaración de Castañeda se observa que, ante preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público Fiscal, dijo que «[l]o que ayuda a mejorar la seguridad de las instalaciones es la puesta a tierra que tienen que tener las luminarias».

A esto agregó que «[...] lo que pide la normativa es que cada luminaria, por ser una estructura metálica, que puede tomar contacto con un conductor energizado, tiene que tener necesariamente una vía de descarga que sea primaria a los efectos de que, si [una persona] toma contacto accidentalmente con esa estructura, la corriente se derive a través de tierra y no a través del cuerpo. Generalmente el cuerpo humano tiene un nivel de resistencia que es bajo, porque estamos compuesto mayormente por agua, y si no tiene puesta a tierra adecuada, que derive la corriente en forma franca a tierra, de la estructura que tiene que proteger, la estructura se va a derivar por el cuerpo [humano] hacia a tierra, porque se transforma en el elemento conductor, cuando no tiene la puesta a tierra reglamentaria. Y diferencia el funcionamiento de esa instalación con el disyuntor, afirmando que, aún con disyuntor, lo que hubiera impedido el desenlace mortal fue la falta de puesta a tierra» (ver registros audiovisuales, audiencia del 11/06/19, primera parte, minutos 00:54:00/00:57:02).

Por otra parte, estas declaraciones también tienen la particularidad de despejar todo margen de duda acerca de la pretendida incidencia en aquella secuencia mortal por la interposición de comportamientos ilícitos de terceros.

Me estoy refiriendo al argumento defensivo respecto de la presencia de actos de vandalismo en el lugar del hecho como desencadenantes del suceso.

Repárese al respecto que esta cuestión, que constituyó uno de los puntos centrales de la estrategia defensiva que conformó su teoría del caso a lo largo del proceso, y que hoy resulta reeditada en esta etapa extraordinaria, ha sido debidamente abordada por el tribunal de la instancia anterior, descartando con razón la pretensión de la defensa (ver registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, a partir del minuto 00:18:10).

En relación con este tema, también la jueza de sentencia tomó en consideración los dichos del testigo Omar Castañeda para descartar que la ausencia de la instalación de puesta a tierra en la columna de luz que determinó el resultado mortal haya sido provocada por actos vandálicos. Ello por cuanto, de acuerdo al modo en que deben ser instaladas las jabalinas respectivas, su vandalización y posterior extracción requeriría de una excavación de aproximadamente dos metros de profundidad, circunstancia que no fue acreditado de ningún modo en la causa (ver registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, a partir del minuto 00:14:50). Repárese que el defensor no se hace cargo de ninguno de estos extremos fácticos. Sólo opone reproches aislados con el fin de plantear una hipótesis alternativa a la demostrada en la sentencia, en la que niega el efecto causal determinante en la producción del resultado mortal de la ausencia de jabalina, y aduce que la niña no tocó la pilastra sino directamente los cables de electricidad cortados como consecuencia del vandalismo.

Ninguno de esos argumentos contrarresta suficientemente la conclusión condenatoria porque resulta irrelevante determinar cuál fue la parte de la pilastra que la niña tocó, desde que resultó suficientemente demostrado que fue su propio cuerpo el que actuó como vía de descarga energética a tierra, dada la inexistencia de la instalación pertinente.

Prueba de ello es la necropsia practicada, que certifica la presencia de una lesión en el antebrazo izquierdo –compatible con quemadura eléctrica por pasaje de corriente– y otra en la base del segundo metatarsiano del pie derecho –compatible con salida de corriente eléctrica– (fs. 77/78).

La conclusión expuesta también permite superar la hipótesis defensiva desde que, aún si le asignásemos razón a su planteo, y admitiéramos que la causa de la muerte de la niña fue que ella contactó los cables de tensión de la pilastra de luz que se encontraban cortados y expuestos como consecuencia de la realización de actos vandálicos de terceros entre la última inspección previa al hecho efectuada por el acusado –24/11/17 y el día en que se produjo el resultado mortal investigado– 26/11/17, lo cierto es que ello tampoco desacredita la responsabilidad de aquél. Es que, tal como resulta claramente analizado por el tribunal de juicio sobre la base de las constancias comprobadas de la causa, resulta un aspecto indiferente sobre este extremo de la imputación que la niña haya contactado la pilastra o los cables de tensión cortados pues, en ambos casos, –reitero– si la luminaria hubiera contado con la instalación del sistema de puesta a tierra, el desenlace mortal no se habría producido, porque su cuerpo, a diferencia de lo que ocurrió, no hubiera actuado como descarga energética.

Dicho en términos del tribunal, «[e]ntre la deficiente inspección formulada, que diera cuenta de la existencia de la puesta a tierra, el acto de vandalismo de sacar un cable de la farola y robarse el disyuntor, no hubiese producido el resultado de la muerte» (ver registros audiovisuales, audiencia del 18/06/19, a partir del minuto 00:18:40).

A ello debe agregarse que, como bien lo señala la sentenciante, la existencia o inexistencia de un disyuntor diferencial instalado en el tablero al momento del hecho, no es determinante para la evitación del resultado, toda vez que se trata de un elemento o medidas cuya funcionalidad en el sistema de electricidad, desde el punto de vista de la protección de las personas contra los peligros y daños que

pueden derivarse del contacto con artefactos energizados, es diferente y así lo explicó adecuadamente el Ing. Castañeda en su declaración, tal como quedó expuesto en los párrafos precedentes.

Todo ello sirve también para negar el valor exculpatorio que el defensor pretende hacer derivar de la ocurrencia de actos de vandalismo contra los cables de la luminaria y con el disyuntor. Entiendo que el curso causal debe consistir en una cadena ininterrumpida de estados de cosas ilícitos, de manera que, si atraviesa un estado de cosas permitido, se rompe el nexo de imputación (**requisito de continuidad**).

Un estado de cosas ilícito es, en primer lugar, aquel a cuya evitación se orienta la norma de cuidado; en segundo lugar, la propia lesión del bien jurídico ilícitamente causada; en tercer lugar, los estadios intermedios del curso causal que la observancia del deber de cuidado es generalmente idónea para evitar. Aquí el curso causal no ha resultado interrumpido, desde que la omisión de cumplimiento con el deber de cuidado se observa en el comportamiento del acusado de manera evidente, presentándose como elemento necesario y determinante del resultado fruto de la imprudencia.

En tercer lugar, resta decir que la posición de garante en cuya virtud era esperable la que el imputado hubiera llevado a cabo la conducta debida para que el resultado no se hubiera producido, no ha sido objeto de delegación de parte del acusado a ningún otro sujeto.

En efecto, de acuerdo al marco fáctico y circunstancial analizado en los presentes obrados, más allá de la división de tareas derivada de la organización jerárquica y funcional bajo la cual se desarrollaban las labores en el ámbito de los servicios públicos en la Municipalidad de Santa Rosa, lo cierto es que la realización de las inspecciones siempre permaneció a cargo del acusado, quien ejecutaba personalmente -aún de modo deficiente- esa tarea. Prueba de ello son las actas de inspección que rolan agregadas a fs. 85/87, las que sólo aparecen suscriptas por el acusado, no surgiendo de su contenido elemento alguno que permita sospechar que tales inspecciones fueron realizadas por un tercero.

Esa conclusión se refuerza al comprobar que tanto el acusado como los empleados públicos que cumplían diversas tareas en el ámbito municipal vinculadas a la electricidad, además de la intendente del municipio, coincidieron en señalar que Gómez era el superior jerárquico y máximo responsable del área y, como tal, era el encargado de inspeccionar las instalaciones de los espacios público a su cargo.

En este sentido, los testigos –empleados públicos vinculados a la Dirección de Servicios Públicos– fueron claros al señalar que el acusado impartía las órdenes a los empleados subordinados para que realizaran las reparaciones correspondientes, pero que ninguno de ellos recibió la orden, ni mucho menos tenía a su cargo el deber de inspeccionar las instalaciones.

Ello resulta, a modo de ejemplo, del testimonio de Heber San Sebastián, quien se desempeñaba en el área de electricidad de la Municipalidad, cuando descartó que los integrantes del grupo de trabajo realizaran «inspecciones periódicas», ya que sólo cumplían lo que Gómez ordenaba, y que el contenido de esas órdenes siempre consistía en la realización de reparaciones (ver registros audiovisuales, audiencia del 10/06/19, segunda parte, a partir del minuto 00:13:01).

Mayor precisión se observa en la declaración de Oscar Gatica cuando, al ser interrogado por el representante fiscal, descartó con contundencia que su tarea fuese la de inspeccionar, puesto que sólo se dedicaban a «reparar» el alumbrado público (00:48:40) y negó que el Director de Servicios Públicos los mandara a inspeccionar (00:52:16).

Con lo cual, el argumento por el cual el defensor plantea que la falta de adopción de medidas de seguridad, tales como la interrupción del servicio de suministro eléctrico –lo que hubiera definitivamente evitado el resultado mortal– fue producto de su innecesidad, porque el espacio público en cuestión –

según las inspecciones– no presentaba novedades que reflejaran irregularidades en el sistema energético, no puede ser de recibo.

Reitero aquí, si el deber de controlar e inspeccionar la seguridad del paseo público del distrito 12 de Octubre, y de las fuentes de peligro existentes en el mismo, le correspondía directa y personalmente al acusado, y no existe constancia probatoria alguna que acredite una delegación de esa facultad a otros agentes, el ejercicio y cumplimiento defectuoso de aquel deber no puede ser admitido como causal que excluya la responsabilidad sobre las consecuencias dañosas derivadas del mismo.

Tampoco logra conmover las premisas que sustentan la solución condenatoria los dichos del acusado, cuyos términos –según la tesis defensiva– fueron arbitrariamente omitidos de toda consideración por la jueza de la instancia anterior. Veamos.

En efecto, el repaso de las constancias audiovisuales se desprende que el imputado optó por declarar en el debate (ver registros audiovisuales, audiencia del 10/06/19, primera parte, minutos 00:19:50/00:56:30).

Allí ofreció una hipótesis que lo desvinculaba de responsabilidad sobre el acaecimiento del suceso delictivo desde que, según su versión, todo obedeció a un accidente causado por hechos de vandalismo que afectaron el sistema eléctrico que proveía de energía al sistema de luminarias del lugar el que, además, funcionaba correctamente.

A poco de adentrarme en sus dichos, resulta palmario que no encuentran ningún tipo de sustento probatorio en la causa. Por el contrario, todos los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio, según fue analizado en los párrafos precedentes, desacredita los escuetos argumentos brindados para sustentar su versión.

Principalmente, ha quedado suficientemente acreditado que la fuente de peligro a su cargo no estaba controlada de modo adecuado, esto es, según lo exigido por la reglamentación legal vigente en materia de instalaciones eléctricas en espacios públicos. Basta con referirme aquí a la contundencia desacreditante de su versión exculpatoria que emana del informe del E.P.R.E., desde que grafica el estado irregular general en el que se encontraba el sistema al día posterior de aquel en el que ocurrió el fallecimiento de la víctima, en cuanto «[v]erifica que las condiciones de conservación y mantenimiento en general de las instalaciones del alumbrado del paseo público auditado son deficientes [...]. Las anomalías constatadas generan Alto Riesgo para la Seguridad de las personas y sus bienes, por lo que la Cooperativa Alto Verde procede a desconectar los conductores de derivación de acometida del A.P., a los efectos de inertizar el riego detectado» (ver acta de inspección N° D-134/17, fs. 206).

En la misma línea, obsérvese que la inacción del acusado, como Director de Servicios Públicos, a cargo del órgano predisposto para controlar el adecuado y seguro funcionamiento de las instalaciones en el lugar del hecho, no se detuvo siquiera con la muerte de la menor.

Luego de transcurridos varios meses de aquella inspección, el ente de control, reinspeccionó el área, constatando en fecha 26/02/18 que «[a]l momento de la presente intervención no se han efectuado los trabajos de adecuación y/o corrección de las anomalías constructivas y de mantenimiento señaladas en el acta de inspección UUS N° D-134/17, permaneciendo las deficiencias constatadas en dicha oportunidad [...]» (ver acta de inspección N° D-0011/18, fs. 212).

De tal manera, no se observa en los fundamentos de la sentencia cuestionada ningún elemento que no haya sido considerado, lo que permite descartar el vicio alegado por el recurrente. Entiendo que la no valoración de su testimonio en el sentido pretendido se apoya en razones que la juzgadora ha considerado relevantes, y que, en esta instancia, las que estimo suficientes y acertadas.

Razonamiento que me persuade a descartar la arbitrariedad alegada.

En definitiva, advierto que el cuadro probatorio valorado por el tribunal de juicio no ha sido rebatido de manera suficiente por el recurrente, quien no analiza ni refuta la certeza alcanzada a partir de la contundencia que resulta de los principales elementos de prueba examinados precedentemente, todos los cuales han sido ponderados en la sentencia con plena sujeción a las reglas que emergen del sistema de la sana crítica racional (arts. 206 y 409 del CPP), cuyo apartamiento el letrado no ha podido demostrar.

a.2.3. Por todo lo hasta aquí analizado, advierto que el tribunal de sentencia contó con elementos suficientes para tener por corroborada la plataforma fáctica imputada al acusado.

Asimismo, y de acuerdo con ello, también aprecio que su intervención en el hecho fue correctamente subsumida en las disposiciones legales.

Por lo tanto, esa correspondencia entre aquello que se considera fácticamente probado con el encuadramiento jurídico dado por la jueza de la instancia anterior a ello, descarta la pretensión defensiva en cuanto al supuesto error en el plano de la aplicación del derecho. Lo antedicho resulta de advertir que han resultado suficientemente acreditados todos los elementos esenciales que permiten atribuirle responsabilidad penal al acusado como autor del delito de homicidio culposo en concurso ideal con violación de los deberes de funcionario público (art. 84 primer párrafo en función del art. 20 bis inc. 1, art. 248 y art. 54, todos del CP).

Ello pues, existió una situación de peligro real –inexistencia de instalación de puesta a tierra en la farola de luz alcanzada por la niña– frente a la cual, el acusado, quien –por ley– estaba en posición de garante respecto del bien jurídico afectado –por ser Director de Servicios Públicos del departamento de Santa Rosa–, teniendo capacidad individual para realizar la conducta que resultaba adecuada para actuar como salvamento del mismo, omitió realizar la conducta debida que habría evitado certeramente la producción del resultado mortal –realizar las inspecciones en forma eficiente y diligente, según lo exigido por la normativa vigente, para determinar aquel faltante–.

Por lo demás, descartada la pretendida nulidad de la sentencia por vicios de fundamentación, resta decir que la posibilidad esbozada por el defensor de que su asistido sea beneficiado con el art. 2 del CPP no puede ser acogida, desde que ello no es factible cuando la motivación del acto sentencial resulta ajustada a derecho; y en segundo lugar, cuando no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, por parte de los miembros del tribunal, aspectos que confluyen en autos.

b. Sobre la arbitrariedad de la fundamentación de la unificación practicada

En su escrito recursivo la defensa alega que el razonamiento judicial adolece de un vicio de arbitrariedad que lo torna nulo, a partir de no haber acreditado debidamente la responsabilidad criminal del imputado. Entiendo que el agravio referido de manera genérica y abstracta por el recurrente, dadas las circunstancias particulares que revela el presente caso, precisa analizar los argumentos dados por la jueza de mérito en el nivel de la justificación del monto de pena aplicado al acusado por el hecho objeto del proceso, particularmente en el plano de la unificación de pena practicada a los términos de la primera parte del art. 58.

La reproducción de las constancias audiovisuales que registran los fundamentos del fallo impugnado surge que si bien la jueza de la instancia anterior ha sido lo suficientemente prolija y clara al exponer los motivos que la persuadieron a individualizar el monto de pena aplicado al acusado en la presente causa –tres años de prisión–, así como también, respecto del modo de cumplimiento de la misma –efectivo– (ver registro audiovisual, audiencia del 18/06/2019, a partir del minuto 00:34.07/00:39:50), ello no se observa en el

tramo destinado a justificar el quantum resultante de la unificación de condena practicada (00:40:01/00:40:53). Veamos.

En efecto, no encuentro motivo alguno que permita vislumbrar la existencia de arbitrariedad en el primer tramo de esa argumentación, puesto que la revisión aquí efectuada comprueba una adecuada aplicación al caso de las pautas legales de mensuración de la pena.

Dicho en otros términos, la individualización judicial de la sanción penal aplicada al acusado por el delito enrostrado en la presente causa, se encuentra sólidamente fundada en autos.

Razón por la cual, este segmento del razonamiento judicial debe permanecer inalterable

Ahora bien, respecto de la unificación realizada –cuya procedencia sustancial en el caso de autos resulta incuestionable dado los antecedentes condenatorios previos que registra el condenado al momento del dictado de la sentencia impugnada–, al explicitar las razones por las cuáles alcanzó el monto de pena única, la sentenciante adujo que adscribía al **sistema composicional de unificación de condenas** para cuantificar el monto de la pena total, hizo referencia a los tipos delictivos por los que había sido juzgado y condenado anteriormente el acusado, así como a que la pena aplicada por los delitos objeto del presente proceso estaba comprendida dentro del tercio mayor de la escala penal aplicable.

En razón de lo cual, consideró «justo y equitativo hacer una suma compositiva y aplicar como pena [...] tres años y dos meses de prisión» (00:40:53). Finalmente, señaló los motivos tenidos en consideración para aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de la administración pública, como pena accesoria (art. 20 bis del CP.).

En este aspecto, como lo mencionara anteriormente, el mismo rigor técnico y argumentativo no se observa al momento en que la jueza funda el incremento de penalidad derivado de la unificación de condenas realizadas.

Mas bien aquí advierto una seria carencia de fundamentación sobre la medición de la pena única, cuya entidad se observa en función de vislumbrar las consecuencias que, en el caso concreto, se derivan del incremento punitivo de la reacción estatal así decidido.

Ello, más precisamente, por el impacto que genera para el sujeto condenado cumplir una pena privativa de libertad de hasta tres años de duración, con aquella que supere, aún mínimamente, ese monto.

Esto en función del **art. 13 del CP.**

Al respecto, estimo oportuno señalar la obligación que tienen los jueces de sentencia de cumplir con el deber de fundamentación no sólo en cuanto a individualizar la pena en función del delito juzgado, sino, también, también, cuando esa labor aparece determinada porque el caso se encuadra en alguno de aquellos supuestos legales de unificación contenidos y regulados –con cierta dificultad terminológica– por el **art. 58 del CP.**

A la luz de lo brevemente expuesto, advierto que la jueza de la instancia anterior ha llevado a cabo una unificación de penas mediante el método compositivo con base en fórmulas genéricas, consideraciones abstractas.

De modo que sus argumentos, únicamente en éste aspecto de la resolución cuestionada, se muestran arbitrarios para sustentar en concreto el incremento punitivo resultante de la operación de unificación practicada.

Por las razones expuestas, oído el señor Procurador General, entiendo que corresponde dar respuesta parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde anular parcialmente la sentencia N° 1.279 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, únicamente en el punto “V” del resolutivo, y sus fundamentos que obran en soporte audiovisual.

En consecuencia, deberán remitirse los presentes obrados al Tribunal de Origen a los fines que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado. En consecuencia, corresponde anular la sentencia N° 1.279 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial únicamente en el punto “V” del resolutivo, y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, debiendo remitirse los presentes obrados al Tribunal de Origen a los fines que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 17 de junio de 2021.-

13- ARZUZA VILLEGAS. 24-04-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=540>

Lex: Art. 79; 55; 174, inc. 5° del CP.

Vox: Homicidio simple y fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas. Casación horizontal. Valoración probatoria.

Summa:

La **SCJM**, casando la sentencia dictada por el **TPC 1- 1° CJ**, condenó al señalado como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple y fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas.

La **defensa** interpone recurso de casación horizontal por considerar que existen vicios in iudicando.

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

La **SCJM** rechazó el planteo del inconvencionalidad del art. 476, inc. 3 del CPP, rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de Arzuza Villegas y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, con diferente integración, teniendo presente la reserva del caso federal

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por la Sala Segunda de la SCJM con otra integración.

Precedentes citados

a-CSJN

- Arce. 05-08-14:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7132231&cache=1691633454654>
- Alvarado. Fallos: 321:1173
- Garrafa. 18-10-02: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos33433.pdf>
- Fallos: 340:1089

b-CIDH

- Mohamed. 23-11-12:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

SCJM. Dra. **Day**. Dr. Gómez. Dr. Llorente.

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05393850-1/1((018601-122029)) INCIDENTE EN AUTOS 13-04864395-1/1 FC/ ARZUZA VILLEGAS CARLOS GUSTAVO Y DUTA PEDA LAURA FLORINA P/ HOMICIDIO SIMPLE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (122029) P/ RECURSO EXT.DE CASACION HORIZONTAL *105568334*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05393850-1/1 caratulada “INCIDENTE EN AUTOS 13-04864395-1/1, ARZUZA VILLEGAS, CARLOS GUSTAVO Y OT. P/ HOMICIDIO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. M. TERESA DAY; segundo, DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Carlos Gustavo Arzuza Villegas interpone recurso de casación contra la sentencia mediante la que se lo condenó autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple y fraude en perjuicio de la administración pública en modalidad de estafas reiteradas (arts. 79; 55; 174, inc. 5 del CP) por los hechos que se le atribuyen en autos N° P-122.029/16 y N° 92.960/16; pronunciamiento dictado por esta Suprema Corte de Justicia en autos N° 13-04864395-1/1.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

Esta Sala Segunda, con una integración distinta a la que aquí se pronuncia, resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar que «los hechos comprobados ante el tribunal de instancia previa configuran un supuesto de homicidio doloso, conforme con la posición que entiende que el dolo se construye sobre una base de presupuestos intelectuales y volitivos. [...] Con esto, no obstante, entiendo que el elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado–, sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del –eventual– resultado de lesión para el bien jurídico protegido.

De acuerdo con esto, estimo que el comportamiento de Arzuza, permite apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida de Isabel Gattari [...]

Lo decisivo es tan sólo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales que Arzuza se representó válidamente y frente a los que adoptó una actitud de aceptación, aprobación o conformidad para con el eventual resultado muerte, que, con base en la experiencia médica, se deriva de ellos. En el caso concreto, conforme con las constancias de autos, puede afirmarse que Arzuza era consciente de todos los factores de riesgo que acarrearían el deceso de Gattari.

Ello, puesto que era un médico cirujano profesional con años de experiencia en la práctica de su especialidad, que sabía que la operación de Isabel Gattari estuvo rodeada de múltiples comportamientos antinormativos.

Además, es posible sostener que, junto con la representación de dichos riesgos, concurrió un determinado elemento volitivo, en tanto «consentimiento, «aprobación» o «estar de acuerdo» con la –eventual–

producción del resultado» (conforme voto mayoritario de la sentencia recurrida, fs. 1923 vta./1924 de los autos principales).

Por su parte, en el voto minoritario se llegó a la misma conclusión aunque con diferentes fundamentos. Así, se sostuvo que, conforme a la posición doctrinaria asumida, «[...] lo que el autor cree o piensa acerca del grado realización típico no es relevante, ni tampoco lo es la forma de conocimiento que asume. Lo importante es valorar el hecho a la luz de baremos normativos.

De este modo, la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor [...] Conforme con este encuadre teórico, considero que los peligros generados por el acusado son de una entidad tal que debe ser considerados como peligros de dolo. Esto puede afirmarse desde que Carlos Arzuza cometió diversos comportamientos contrarios a los parámetros de la lex artis que, según los profesionales médicos que declararon en el juicio, son de un carácter grave [...] si bien es cierto que no puede afirmarse que el acusado conociera todo el peligro -esto es, no sabía que había desatado un cuadro de trombo embolismo pulmonar- esto no desplaza el reproche hacia la imprudencia. Ello puesto que, en los casos en que el agente no realiza un juicio de probabilidad objetiva de acuerdo con parámetros de orientación válidos -en este caso, válidos para los parámetros de la lex artis-, el desconocimiento de las circunstancias de hecho es irracional y, por lo tanto, equivale a conocimiento» (sentencia recurrida, fs. 1919 vta./1921).

La plataforma fáctica en relación con la que se emitieron las consideraciones anteriores consiste en que «el día viernes 2 de diciembre de 2016 en hora indeterminada pero con posterioridad a las 11.29 horas, el médico cirujano Carlos Gustavo Arzuza Villegas, en el interior del domicilio ubicado en calle Alem al 388 de la ciudad de Mendoza, le realizó a la señora Isabel Beatriz Gattari (a) Betty una intervención quirúrgica consistente en una dermolipectomía con liposucción, una liposucción región lumbar y colocación de implantes glúteos. Las intervenciones quirúrgicas [...] fueron realizadas en un mismo acto quirúrgico, sin los controles médicos pre quirúrgicos correspondientes y en un lugar no habilitado ni idóneo a sus efectos, para luego de terminada la intervención quirúrgica no ejercer el debido contralor de la paciente durante las primeras 24 horas, derivándola a su domicilio sin indicarle la toma de anticoagulantes, incrementando con su obrar negligente el riesgo de trombo embolismos.

A causa de la operación Gattari comenzó a padecer fuertes dolores, razón por la cual se comunicó con Arzuza requiriendo su atención. A raíz de dicho llamado, se hizo presente el día 4 de diciembre de 2016 aproximadamente a las 00.30 horas en el domicilio de Gattari, sito en calle Urquiza N° 651 departamento de Guaymallén, Laura Florinda Duta, pareja de Carlos Arzuza, la cual, atento al estado en que se encontraba Gattari, le aplicó personalmente inyecciones y suero, indicándoles que eran para calmar el dolor y relajarla. Para fecha 7 de diciembre de 2016, momentos antes de las 15.00 horas. Gattari se desvaneció en su domicilio, concurriendo al llamado el médico Carlos Arzuza después de las 18.00 horas del mismo día, donde minutos más tarde Gattari falleció a causa de un trombo embolismo pulmonar producido por la intervención a que fuera sometida en un mismo acto [...]. Atento a [sus] previos conocimientos médicos, [el imputado], el mismo debió representarse que en las condiciones y bajo los términos en que realizó las tres intervenciones en un mismo acto a la víctima, y al dejarla sin el debido contralor las 24 primeras horas posteriores a la operación y sin anticoagulantes, podrían producirse coágulos que derivarían en un trombo embolismo pulmonar y su muerte, y al [no] cumplir con lo que [...] le [exigía] la lex artis de la medicina incrementó el riesgo que en definitiva se materializó en el resultado muerte de Isabel Beatriz Gattari» (según constancias de fs. 1907 vta./1908).

2.- El recurso de casación de la defensa de Carlos Gustavo Arzuza

El recurrente deduce recurso de casación que denomina «horizontal» e invoca en su respaldo la doctrina del precedente **“Mohamed” de la Corte IDH**.

Asimismo, plantea la inconventionalidad del art. 476, inc. 3 del CPP de Mendoza, en cuanto permite al Ministerio Público interponer recurso de casación contra la sentencia condenatoria, aún cuando se agrave aún más la situación del imputado, como en el caso de autos.

Ello, en tanto considera que la garantía de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del imputado. Cita en respaldo de su posición reconocida doctrina y los fallos **“Arce”, “Alvarado” y “Garrafa”** de la CSJN. En lo que al recurso de casación se refiere, la defensa de Arzuza Villegas promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1 del CPP por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

En ese orden, considera que el tribunal de mérito fundó debidamente la calificación legal del hecho que acreditado, esto es, el delito de homicidio culposo (art. 84 del CP).

Estima que la referida era la calificación correcta si se tiene por probada la relación causal entre la conducta del acusado y el resultado muerte de Gattari.

Expresa que no comparte la posición del voto minoritario en la sentencia impugnada, toda vez que –según entiende– no es posible acreditar el dolo sin considerar la voluntad del sujeto. Por ello, critica las conclusiones de este voto, citando doctrina en apoyo de su posición.

Por otro lado, analiza el voto mayoritario del fallo en crisis y se agravia por entender que la afirmación realizada por el Dr. Valerio en relación a que «el dolo se distingue de la culpa consciente sobre la base de que se tiene como contenido [...] más circunstancias fácticas que sustancien el pronóstico de resultado» es «engorrosa, poco clara» y «altamente peligrosa» puesto que parece sostener que importa más la cantidad que la calidad de esas circunstancias.

El recurrente se pregunta además si el Tribunal se encuentra calificado para medir los extremos aludidos, en tanto forman parte del ámbito de las ciencias médicas.

No comparte la apreciación del voto mayoritario referida a que Arzuza era consciente de todos los factores de riesgo que acarrearón el deceso de Gattari y a que, junto con la representación de dichos riesgos, concurrió un determinado elemento volitivo, en tanto «consentimiento», «aprobación» o «estar de acuerdo» con la eventual producción del resultado.

En ese sentido, sostiene que Arzuza le proporcionó, luego de la operación, toda la atención que Gattari requería; que, varias horas después de intervenirla, la llevó a su casa –ya que la intervención era ambulatoria–; y que el domingo, cuando fue llamado por Gattari, él se encontraba de guardia en el Hospital de Tupungato, por lo que envió a su colaboradora Laura Duta con la mediación necesaria para atender a su paciente. Por otro lado, discrepa con la solución propiciada por el voto mayoritario, puesto que –aún cuando se sostuvo que el dolo se construye sobre una base de conceptos intelectuales y teniendo en cuenta el conocimiento y el aspecto volitivo–, concluyó que en este caso hay dolo eventual sobre la base de consideraciones sólo objetivas y dejó de lado el aspecto volitivo, en el sentido psicológico de querer o tener la intención, que es lo que ha caracterizado al dolo desde antaño. Cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición.

Asimismo, sostiene que no puede afirmarse que Arzuza haya tenido conocimiento de que Gattari tomara medicación psiquiátrica, en tanto su hija dijo que creía que ya no tomaba y su pareja, Zamora, a fs. 6 manifestó que sólo tomaba una pastilla para dormir.

De igual modo y en lo que respecta a que la intervención quirúrgica se realizó en un lugar no adecuado, considera que no hay prueba alguna que vincule la no adecuación del lugar con el resultado muerte.

En función de ello, entiende que no se ha podido determinar que el apartamiento de los reglamentos por parte de Arzuza haya sido la causa de muerte de Gattari.

Refiere que el riesgo pudo haber sido incrementado, pero siempre dentro del riesgo permitido y no se ha acreditado que dicho incremento influyera en el resultado letal.

Por lo expuesto, solicita se dé trámite al recurso de casación interpuesto y se haga lugar al mismo, calificando el hecho como homicidio culposo.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que el recurso de casación resulta formalmente improcedente, en tanto la decisión recurrida no se encuentra entre aquéllas que habiliten la interposición del recurso aludido, de acuerdo al principio de taxatividad legal.

De igual modo, sostiene que el planteo de inconventionalidad es formalmente improcedente, puesto que debió canalizarse mediante el oportuno planteo de inconstitucionalidad de la norma local que el recurrente entendió inadecuada a lo dispuesto por la Constitución Nacional y lo tratados internacionales, lo que no ocurrió en el caso de autos.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar formalmente el planteo de inconventionalidad introducido por el impugnante y sustancialmente el recurso de casación deducido en favor de Carlos Gustavo Arzuza Villegas.

Veamos. a) Acerca de la inconventionalidad del art. 476, inc. 3 del CPP

En relación a este punto de análisis, debe señalarse que no resulta procedente la solicitud de la defensa vinculada con la inconventionalidad del **art. 476, inc. 3 del CPP**, en tanto reconoce al representante del Ministerio Público Fiscal la facultad de recurrir sentencias condenatorias, aún cuando mediante esa posibilidad se agrave la situación del acusado.

Ello por los motivos que a continuación se exponen. El planteo resulta evidentemente extemporáneo toda vez que la oportunidad para su interposición era aquella relacionada con el tratamiento del recurso de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y que derivó en el pronunciamiento que ahora se recurre. En efecto, de esa decisión no surge que la defensa de Arzuza Villegas haya resistido de ningún modo la impugnación deducida por el acusador público y tampoco que haya objetado la que interpuso el acusador privado, a pesar de que fue en ese momento donde se ejerció la facultad que el hoy recurrente entiende contraria a los pautas establecidas por los organismos internacionales de Derechos Humanos. Por el contrario, en aquella oportunidad esa parte se limitó a desarrollar sus agravios casatorios en relación a la condena impuesta originariamente, sin formular ningún planteo de inconstitucionalidad o inconventionalidad respecto de las facultades recursivas establecidas respecto del Ministerio Público Fiscal. En función de ello, no habiéndose introducido en el momento oportuno la cuestión que aquí nos ocupa, corresponde su rechazo en esta instancia. b) Sobre el recurso de casación en favor de Carlos Arzuza De manera preliminar debe señalarse que los motivos de agravio que sustentan la pretensión recursiva se circunscriben a cuestionar la solución que adoptó el Tribunal del primer recurso casatorio en relación a la responsabilidad

que le corresponde a Carlos Arzuza en relación a los hechos investigados en autos N° P-122.029/16. Ello, en tanto esta Corte casó la sentencia del Tribunal de juicio, modificando la calificación legal de los hechos referidos de homicidio culposo a homicidio simple. Concretamente, el recurrente expone que no comparte ninguno de los votos que da sustento al fallo impugnado, explayándose en relación al último de ellos. Así, en lo que concierne a la argumentación del voto mayoritario cuestiona: a) el criterio sostenido por la mayoría de la Sala para distinguir entre dolo y culpa consciente; b) que se haya tenido como probado que Arzuza era consciente de los factores de riesgo que acarrearón el deceso de Gattari y que «consintió», «aprobó» o «estuvo de acuerdo» con la eventual producción de resultado; y c) la conclusión de tener por acreditada la existencia de dolo eventual, basándose el voto en consideraciones sólo objetivas y sin tener en cuenta el aspecto volitivo, en el sentido de querer o tener intención. En cuanto al voto minoritario, expresa que el criterio allí esbozado no es aplicable a nuestro sistema de derecho penal, en tanto funda el dolo eventual sólo en elementos objetivos de peligro dejando de lado la voluntad del sujeto, lo que –a criterio del recurrente– no es correcto. En relación con el primer cuestionamiento que el impugnante formula al voto de la mayoría corresponde señalar que aquél no pasa de ser una apreciación personal acorde con los intereses que esa parte representa pero que, por sí solo, resulta insuficiente para dejar sin efecto el pronunciamiento cuestionado. La precedente afirmación se basa en que no se advierte ningún defecto en la sentencia recurrida, ni en relación a los argumentos desarrollados por el voto mayoritario y tampoco respecto de los formulados en el voto de la minoría. Es que, tal como surge de su lectura, la motivación analizada ha sido desarrollada de modo suficiente y claro, fundándose los argumentos expuestos en las constancias de la causa y en reconocida doctrina que avala los criterios asumidos por cada una de las posiciones. En efecto, en lo que al voto mayoritario se refiere, cabe destacar que en él no sólo se sostuvo la adhesión a la postura doctrinaria que «conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la determinación de la voluntad hacia el delito», sino que se aclaró que el dolo no debe identificarse sólo con un querer el resultado del hecho como intención directa –dolo directo– sino también en tanto aceptación, aprobación o conformidad con el eventual resultado de lesión –dolo eventual–. Y, en función de ello, se expresó que «el dolo se distingue de la culpa consciente sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado [...] más circunstancias fácticas que sustancian el pronóstico de resultado», aplicando a continuación esos extremos al caso concreto. A su vez, en el voto minoritario se expusieron las teorías doctrinarias desarrolladas para resolver los problemas que giran en torno a la distinción entre dolo e imprudencia, asumiendo ese sector del Tribunal la «teoría débil» de la representación como probabilidad objetiva de ocasionar el hecho lesivo. A continuación y con fundamento en esa posición doctrinaria, se analizaron los hechos objeto del proceso. Es decir que ambas argumentaciones, la del voto emitido por la mayoría como la desarrollada por la minoría, fueron expuestas de manera fundada con respaldo en teorías doctrinarias reconocidas, sin que se adviertan fisuras que validen las críticas del recurrente. Es que, aún cuando los dos criterios utilizados difieran entre sí, explican de manera convincente y suficiente la solución a la que llegan; la que –vale aclarar– resulta coincidente: la responsabilidad penal de Arzuza por homicidio doloso –art. 79 del CP–. En ese sentido, la Corte Federal ha expresado que no pueden ser acogidos «los agravios de[l] recurrente [que] sólo traducen su desacuerdo con el criterio adoptado por el tribunal [...] fundado en razones que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento bastante a su decisión sobre la base de una interpretación posible de las disposiciones legales en juego» (Fallos: 340:1089), tal como ha ocurrido en autos. En virtud de ello, y no obstante no compartir la defensa de Arzuza Villegas los criterios adoptados en los diversos votos que conformaron la, la fundamentación que aquí se cuestiona carece de arbitrariedades o falencias que

conduzcan a su anulación; por lo que el agravio bajo estudio debe ser desestimado. Respecto del segundo cuestionamiento, el recurrente se agravia, en definitiva, de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal con anterior integración para tener por acreditada la existencia del elemento volitivo y por entender que tampoco se ha probado que el apartamiento de la *lex artis* por parte de Arzuza haya sido la causa de muerte de Gattari. No obstante los argumentos defensivos, considero que los extremos aludidos se encuentran claramente acreditados –tanto en el voto mayoritario como en el de la minoría– y que la tarea valorativa efectuada para llegar a la conclusión resistida se ha llevado a cabo adecuadamente por el Tribunal al resolver el recurso de casación anterior. En efecto, conforme resulta del voto emitido por la mayoría del Tribunal, el acusado «era consciente de todos los factores de riesgo que acarrearían el deceso de Gattari [...] puesto que era un médico cirujano profesional con años de experiencia en la práctica de su especialidad, que sabía que la operación de Isabel Gattari estuvo rodeada de múltiples comportamientos antinormativos»; y existió en él «un determinado elemento volitivo, en tanto «consentimiento», «aprobación» o «estar de acuerdo» con la –eventual– producción del resultado». A su vez, entendió que la existencia de ese elemento se sustenta «en el desentenderse totalmente de su paciente. En concreto, dejarla en su domicilio el mismo día de la operación sin el resguardo médico indicado por la *lex artis* de al menos 24 o 48 hs, y, sobretodo, no acudir al llamado de asistencia» (sentencia impugnada, fs. 1924 y vta. del expediente principal) Para llegar a esa conclusión, se basó en los argumentos del voto minoritario a los que adhirió –en cuanto a la valoración probatoria– y, de ese modo, se sostuvo que «la muerte de Isabel Gattari se produjo a raíz de un paro cardiorrespiratorio provocado por un trombo embolismo pulmonar «en silla de montar» [...]. Tal consecuencia se produjo, especialmente, por la concurrencia de distintos factores de riesgo incorporados por el acusado [...]. En primer lugar, [...] el acusado no realizó ninguna evaluación preoperatoria destinada a estratificar los riesgos de una operación como la que emprendería [...]. En segundo lugar, debido a la realización de tres operaciones distintas en el mismo suceso operatorio [...] en tercer orden, el hecho de que el acusado no cumplió con el deber de cuidado posterior a la cirugía [ya que] quedó probado que Arzuza no dispuso la observación de la paciente y que, personalmente, la condujo a su domicilio el mismo día de la operación [...] Finalmente [...] el acusado no prescribió a la paciente la ingesta de heparina, un medicamento indicado para evitar coágulos de sangre» (sentencia impugnada, fs. 1920 y vta.). A su vez, tal afirmación encuentra sustento en las declaraciones de los Dres. Eduardo Ripa, Gustavo Miguel Ángela y Eduardo Rubén Berthé, y en el resto del material probatorio incorporado al proceso con la conformidad de las partes. Si bien el recurrente alega que no puede afirmarse que su defendido haya tenido conocimiento de que la víctima tomara medicación psiquiátrica y que la realización de una operación quirúrgica en un lugar no adecuado haya derivado en la muerte de Gattari, lo cierto es que tales extremos no han sido considerados como fundamento de la conclusión que aquí cuestiona, conforme surge de los argumentos precedentemente señalados. Como se advierte, en el fallo resistido se han dado suficientes razones para tener por acreditado que el resultado muerte se derivó del apartamiento de la *lex artis* llevado a cabo por el acusado, el que –a su vez– fue consciente del riesgo que de ellos se deriva, en virtud de su profesión y de sus años de experiencia en el ejercicio de la especialidad, y lo «aceptó», «aprobó» o «estuvo de acuerdo» (como se afirmó en el voto mayoritario). Es decir que no sólo se encuentra acreditado que el comportamiento de Arzuza Villegas se apartó groseramente y de forma irracional de la *lex artis* mediante la creación de diversos factores de riesgo que derivaron en la muerte de Isabel Gattari, sino que el acusado tuvo conocimiento de ellos (fue consciente) y la voluntad de realización (los «aceptó», «aprobó» o «estuvo de acuerdo»). A la misma conclusión llegó el voto minoritario, cuando afirmó que «no existen dudas de que el acusado conocía que la operación

quirúrgica que realizaba estaba rodeada de los factores de riesgos detallados, especialmente, de los que explican objetivamente la muerte de Isabel Gattari [...] [y] si bien es cierto que no puede afirmarse que el acusado conociera todo el peligro [...] los casos en que el agente no realiza un juicio de probabilidad objetiva de acuerdo con parámetros de orientación válidos –en este caso, válidos para los parámetros de la *lex artis*–, el desconocimiento de las circunstancias de hecho es irracional y, por lo tanto, equivale a conocimiento» (sentencia recurrida, fs. 1920 vta.). De tal manera, más allá de la posición que se adopte acerca del dolo eventual, puede afirmarse que los extremos requeridos para la configuración de la figura dolosa endilgada se encuentran reunidos en la presente causa. Ahora bien, respecto del tercer cuestionamiento casatorio esgrimido por el recurrente, cabe referir que tampoco puede ser acogido en esta instancia. En ese orden, si bien la crítica se basa en considerar que el voto mayoritario habría fundado la existencia de dolo sólo en aspectos normativos, dejando de lado el elemento volitivo, lo cierto es que tal afirmación no se ajusta a las constancias de la causa. En efecto, los argumentos de la mayoría del Tribunal son claros en cuanto a la posición doctrinaria asumida, según la cual «el dolo se construye sobre una base de presupuestos intelectuales y volitivos» y en cuanto a que «el elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado–, sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del –eventual– resultado de lesión para el bien jurídico protegido» (sentencia recurrida, fs. 1923 vta. del expediente principal). Es decir que, desde el inicio de su exposición, se expresó que el elemento volitivo del dolo eventual se condice con una «aceptación», «aprobación» o «conformidad» con el eventual resultado; y que, desde esa perspectiva, se analizaría –y así se hizo– el comportamiento del acusado. De esta manera se concluyó que la conducta posterior a la operación quirúrgica, esto es el «desentenderse totalmente de su paciente» por parte de Arzuza, revelaba el elemento volitivo aludido. En otras palabras, el criterio asumido en el voto mayoritario respecto del elemento volitivo del dolo eventual es el que lo identifica con una «aceptación», «aprobación» o «conformidad», mientras que identifica «el querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa» con el dolo de primer grado o directo, que aquí se encuentra fuera de análisis. En función de ello, el argumento recursivo basado en que el voto de la mayoría se basó exclusivamente en elementos normativos y no tuvo en cuenta el elemento volitivo no tiene asidero. Es que –como se expresó– ese último elemento sí fue tenido en cuenta por los argumentos mayoritarios, aunque desde una posición doctrinaria distinta a la que postula el recurrente. En definitiva, de lo expresado con anterioridad surge claro que no se verifica ningún defecto que descalifique como acto procesal válido al razonamiento del Tribunal que, con diferente integración, intervino en la sustanciación de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia que condenó al acusado y, en función de ello, la revocó y condenó a aquél por una calificación legal más grave, Por todo lo expuesto, corresponde dar repuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Llorente. Adhieren.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el planteo del **inconveniencia del art. 476, inc. 3 del CPP.**
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Gustavo Arzuza Villegas y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, con diferente integración.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

14- BERTOLANI ALFARO. 08-07-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=562>

Lex: Arts. 79, 41 bis, 42, 104, 1° y 2° párrafo, 55; 164 y 42 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en tentativa; abuso de armas sin herido; abuso de armas con heridos; concurso real; valoración de testimoniales que tienen discrepancias pero coinciden en lo esencial; dolo homicida; barrido electrónico negativo pero no ofrecido como prueba; peligro de vida; in dubio pro reo; revisión ex novo del debate.

Summa:

El **TPC** N° 2 condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** de cumplimiento efectivo por considerarlo autor de delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en tentativa, abuso de armas sin herido y abuso de armas con heridos, todo en concurso real (arts. 79, 41 bis, 42, 104 primer párrafo, 104 segundo párrafo y 55 del Cód. Penal) y robo simple en grado de tentativa en los autos acumulados (arts. 164 y 42 Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria y la aplicación errónea de la ley sustantiva en cuanto entiende que no hay dolo homicida.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado por entender que lo que pretende el recurrente es la revisión de lo sucedido en el debate.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1305, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero. 21-12-84
- Cirrincione. 07-03-78.
- L.S. 354-218.
- L.S. 392-094.
- L.S. 397-177.
- Ríos Vallejos. 21-12-03:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=03199304&ta=sc>

- AMX Argentina SA. 30-04-09:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=1382636025>

- L.S. 407-155.

Parágrafo destacado

“...Así, el a quo se basó en las pruebas rendidas, que valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, convergen en la autoría del encartado en los delitos cuestionados por la defensa. En particular, los testigos que declararon en el debate, con el control del letrado que ahora recurre, de manera coincidente en lo esencial, relataron que el encartado era el único del grupo atacante que poseía un arma de fuego, aspecto con el que el impugnante no está de acuerdo, en contra de las probanzas incorporadas (...) tanto los testimonios como la prueba instrumental, fueron ofrecidos por las partes e incorporados con

su consentimiento, y por lo tanto, son las únicas pruebas susceptibles de ser evaluadas para dictar sentencia, según he sostenido de manera constante. Por ende, el pedido del defensor, de que sea considerado el informe de barrido electrónico agregado en el expediente, que nadie ofreció a esos fines, no puede ser acogido...”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05464439-0/1((018602-22471)) FC/ BERTOLANI ALFARO MAXIMILIANO EZEQUIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO ... (22471) (85342) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105642382*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05464439-0/1 caratulada "F. C/ BERTOLANI ALFARO, MAXIMILIANO EZEQUIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO...S/ CASACIÓN".

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

El defensor de Maximiliano Ezequiel Bertolani Alfaro interpone recurso de casación (fs. 55/69) contra la sentencia N° 1305 en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión, por resultar autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en tentativa, abuso de armas sin herido y abuso de armas con heridos, todo en concurso real (arts. 79, 41 bis, 42, 104 primer párrafo, 104 segundo párrafo y 55 del Cód. Penal) y robo simple en grado de tentativa en los autos acumulados (arts. 164 y 42 Cód. Penal). El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, que el 24 de marzo de 2019 a las 6.30 horas aproximadamente, el acusado efectuó disparos de arma de fuego hacia Sergio Salimeni y Renzo Blatt, quienes estaban en la vereda de la casa de la madre del primero, ubicado en calle Cacique Guaymallén 1328 de Las Heras, ello sin lograr herirlos. Agustín Salimeni y Ezequiel Maure se encontraban acostados dentro de ese domicilio y, al oír los disparos, se levantaron para ver qué pasaba y siguieron a los dos nombrados en primer lugar, que iban en búsqueda del atacante.

Éste se encontraba en Espejo 704 de Las Heras, oportunidad en la que le disparó a Agustín Salimeni en el abdomen. La víctima fue retirada del lugar por sus compañeros. Entonces, el acusado le disparó a Sergio Salimeni, hiriéndolo en la mano derecha.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque la autoría no ha quedado demostrada, dado que se omitió valorar las pruebas relativas a la inocencia de su pupilo, agravándose en particular por la ponderación arbitraria y parcial de las testimoniales rendidas en el debate.

Asimismo alega que se aplicó erróneamente la ley sustantiva, porque no están presentes los elementos requeridos por el tipo penal descrito por el art. 79 Cód. Penal, en especial el dolo homicida.

Sostiene que el a quo relativiza en perjuicio del acusado el informe del Cuerpo Médico Forense, sobre la inexistencia de peligro de vida de la víctima.

Afirma que el testigo Robello no es amigo de Bertolani y que no estaba con él el día de los hechos, y el a quo dijo que sí lo eran.

Se pregunta el motivo por el que, si asevera el inferior que Robello peleó e hirió a uno de los denunciados y declaró como testigo, nunca fue imputado ni investigado por el hecho, ya que debió ser imputado por esa agresión, lo que califica como una incongruencia de la actuación de la fiscalía, así como una incongruencia, que el a quo utilice ese dato como fundamento de la condena.

Dice que el juzgador reconoce discrepancias en las testimoniales y las relativiza. Agrega que por un estricto formalismo, no valora el informe de fs. 90 de barrido electrónico, no obstante que es una prueba objetiva de la inocencia del acusado, que lo coloca en situación de no haber disparado. Señala que valoró informes inexistentes, como las constancias de las supuestas secuelas de la víctima.

Apunta que algunos testigos declararon con la intención de perjudicar a Bertolani, por la existencia de problemas previos. En particular, indica que Salimeni se contradijo y se desdijo de lo afirmado en la instrucción, respecto de que el arma era de un «leproso», que no era Bertolani.

Aduna que Agustín Salimeni había sido despedido de su trabajo por un problema en una mano, lo que echa por tierra que fuera despedido por la lesión que sufrió.

Asimismo, señala que no se valoró que el imputado fue aprehendido en su domicilio a una cuadra del lugar del hecho y que no se secuestró arma alguna en el allanamiento y se lo trasladó con bolsas en las manos para la realización del barrido electrónico, que resultó negativo, no siendo motivo para condenarlo el hecho que no haya querido declarar.

Afirma que si se suprimen estas pruebas de la fundamentación, no se puede deducir la condena del resto de los elementos de convicción, y que valorando la prueba de la manera descripta, se violó el principio *in dubio pro reo*.

Sobre el vicio sustantivo, la defensa sostiene que de las testimoniales y el diagnóstico médico surge que no hubo peligro de vida, por lo que considera que la afirmación del juez en ese sentido es arbitraria.

Reitera que la intención de matar no existió estando a tan corta distancia.

Destaca que Maure dijo que los tiros fueron dirigidos al piso; que vio un fognazo y uno de ellos terminó dándole a Salimeni.

También refiere que no existió dolo de homicidio, ni tampoco preordenación para la comisión del homicidio en grado de tentativa, desde que de haber mediado la intención o dolo homicida podría haberle disparado a la cabeza y no a otra zona.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque intenta una revisión ex novo de lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción.

Agrega que si bien las discrepancias entre los testigos existen, no son dirimentes.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos no sucede.

Así, el a quo se basó en las pruebas rendidas, que valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, convergen en la autoría del encartado en los delitos cuestionados por la defensa.

En particular, los testigos que declararon en el debate, con el control del letrado que ahora recurre, de manera coincidente en lo esencial, relataron que el encartado era el único del grupo atacante que poseía un arma de fuego, aspecto con el que el impugnante no está de acuerdo, en contra de las probanzas incorporadas.

En efecto, el informe de Policía Científica da cuenta que se secuestraron en el lugar cuatro vainas servidas calibre 32, disparadas por una misma arma de fuego y los profesionales del Cuerpo Médico Forense constataron las heridas de bala sufridas por las víctimas.

Corresponde resaltar, que tanto los testimonios como la prueba instrumental, fueron ofrecidos por las partes e incorporados con su consentimiento, y por lo tanto, son las únicas pruebas susceptibles de ser evaluadas para dictar sentencia, según he sostenido de manera constante.

Por ende, el pedido del defensor, de que sea considerado el informe de barrido electrónico agregado en el expediente, que nadie ofreció a esos fines, no puede ser acogido.

En esta dirección resolvió el a quo, quien no obstante ello, aclaró que aún en el supuesto que estuviera permitida su evaluación, el mismo carecería de trascendencia a los fines de probar que el acusado no disparó, dado que el resultado negativo de ese barrido no constituye una prueba irrefutable en ese sentido y además, la muestra fue extraída casi ocho horas después de que se efectuaron los disparos, lo que le resta más eficacia aún.

Esta conclusión, en función de las razones reseñadas, no varía, por más que el defensor alegue que el acusado al ser aprehendido, llevó sus manos cubiertas de bolsas para protegerlas, a los fines de realizar el barrido en cuestión (recurso, fs. 63).

Con relación a las quejas sobre la valoración de los testimonios, la defensa esgrime que son contradictorios y parciales. Sin embargo, no ha tenido en cuenta, que las diferencias existentes entre los mismos no son esenciales.

De esta forma, ha podido constatarse a través de la revisión practicada, que dichas diferencias se deben a la naturaleza y dinámica propia de los hechos, dado que transcurrieron en un escaso lapso, en horas de la madrugada, luego de haber estado los deponentes bebiendo y alguno de ellos, peleándose a golpes de puño y con botellas, mientras tenían lugar los disparos, circunstancias que destaca el sentenciante (fundamentos, fs. 43 vta.) y no ha rebatido el impugnante.

Concretamente, el juez de grado percibió las declaraciones como concordantes y coherentes, afirmando que las diferencias detectadas se circunscribieron a la distancia a la que fueron hechos los disparos, lo que se debió al desenvolvimiento de los hechos, que fue descrito en el párrafo anterior.

Además, el defensor no explica concretamente, en qué habrían consistido las contradicciones que impedían tomar como veraces las declaraciones. Más aún, considerando que el sentenciante desestimó que existieran motivos que los llevaran a mentir en perjuicio de Bertolani.

Así, tiene en cuenta el a-quo que esos testigos pudieron perjudicar igualmente a «[...]Romano y Robello y no lo hicieron, sino que por el contrario, todos son contestes en describir cuál fue la conducta de cada uno de ellos» (fundamentos, fs. 43 vta.), argumento éste que no fue refutado por el impugnante.

Tampoco ostenta importancia, en orden al objeto principal del juicio, en qué momento la víctima Agustín Salimeni fue despedida de su trabajo, esto es, si fue antes o con posterioridad a la lesión sufrida, punto a partir del cual el recurrente forja un agravio (recurso, fs. 62 vta), ignorando lo expuesto en la tercera cuestión.

Efectivamente, el juez de la instancia anterior determina que «[...] no se acreditó que la víctima perdiera su trabajo luego de acontecido el hecho, como consecuencia del mismo [...]» (fundamentos, fs. 46), extremo que exime de darle un tratamiento más extenso al tema.

Por su parte, resulta inconducente la crítica sobre que el testigo Robello «[...] debió ser imputado por la agresión a Sergio Salimeni [...]» (recurso, fs. 62 vta.) y no lo fue.

En similar sentido, y en función del cuadro cargoso existente, carece de decisividad que Robello sea o no amigo del encartado –extremo que puede ser suprimido sin que se modifique la solución a la que se arriba–, así como que Agustín Salimeni haya referido antes del debate, que al arma la tenía otro sujeto, o bien como que al ser aprehendido el encartado, no se le haya secuestrado ningún arma.

Por lo demás, el agravio basado en que se interpretó como prueba para condenar, la falta de declaración del acusado (recurso, fs. 63), no tiene correlato en los fundamentos de la sentencia, que según el desarrollo hasta acá efectuado, se basó en las pruebas obrantes en autos.

A esto se suma que no demuestra el impugnante, que la valoración de esas pruebas haya sido arbitraria, emergiendo de la revisión practicada, que se efectuó conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Por ende, la censura en trato no constituye una crítica razonada de la resolución, sino que aparece como una discrepancia con el criterio valorativo que utilizó el a quo, sin aportar razones que descalifiquen la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Ello impide que prospere el recurso, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros).

Con relación a la interpretación del informe del Cuerpo Médico Forense, que establece que no hubo riesgo de vida para Agustín Salimeni, el juzgador considera en forma lógica, que la zona vital donde efectuó el disparo, el abdomen, a corta distancia, evidencia el dolo homicida.

Esto no sufre modificación, por más que uno de los testigos haya dicho que los dos primeros disparos se dirigieran hacia el piso. Además, debe reseñarse que el juez de la instancia anterior entendió probado que de no haber recibido Agustín Salimeni asistencia inmediata, podría haberse generado tal riesgo.

En efecto, sus allegados presentes lo trasladaron inmediatamente después de que cayera herido para su atención médica, mientras que Bertolani, disparando nuevamente el arma que portaba, lesionaba de manera leve a Sergio Salimeni en la mano.

Así las cosas, de lo desarrollado emerge con claridad la autoría del acusado, así como su comportamiento con dolo de homicidio, habiendo sido correctamente subsumido el hecho en la ley sustantiva y quedando descartada la vulneración del principio *in dubio pro reo*.

En definitiva, la defensa en esta instancia recursiva, omite considerar los fundamentos de la sentencia, limitándose a reiterar lo planteado durante los alegatos y sin refutar las razones que dio el juzgador para desestimar sus planteos al momento de fundar su decisión.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 52/69 por el defensor de Maximiliano Ezequiel Bertolani Alfaro
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

15- RAMIREZ ALCALDE. 27-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCC	-6°	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=507>

Lex: Art. 34, inc. 6°, 35, 26 y 29 inc. 3° del CP.

Vox: Homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa. Agresión ilegítima. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Oralidad de las sentencias.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** en forma condicional como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa (arts. 34, inc. 6, 35, 26 y 29 inc. 3 del C.P.)

El **Fiscal** en Jefe de la U.F.I. San Martín interpone recurso de casación ya que entiende que la sentencia N° 71 es arbitraria en tanto los hechos que han sido tenidos por probados fueron incorrectamente encuadrados como ejecutados en exceso en la legítima defensa.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal en Jefe de la U.F.I. San Martín.

La **SCJM** ordenó anular el debate efectuado, la sentencia N° 71 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 71, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Robledo Vergara. 09-05-19:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3NTg=&tabla=c2M=>

Parágrafos destacados.

“En definitiva, la sentencia no consigue pasar el test de validación que amerita el instituto de la legítima defensa ya en relación con el primero de sus requisitos. Es decir, no es precisa respecto a si existió o no existió agresión. De esto se deriva que, si no existe agresión ilegítima, entonces el segundo de los requisitos de esta causa de justificación tampoco se encuentra satisfecho. “

“En primer lugar, no es posible valorar la necesidad racional del medio empleado (un disparo de un arma de fuego) para impedir la agresión (con un hacha), cuando no se encuentra debidamente acreditado que Víctor Chirino tuviera en su poder este elemento al momento del hecho.”

“En este sentido, me parece central poner de relieve que la legítima defensa, en tanto eximente de responsabilidad personal en el nivel de la antijuridicidad del comportamiento, requiere verificar la competencia del agresor por la arrogación de un ámbito de organización ajena. Esto, sin embargo, no ha sido suficientemente acreditado en autos.”

“En efecto es el comportamiento previo del agresor el que lo obliga a tolerar la acción defensiva en tanto único competente por el conflicto. “

“La autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal y no existe en el ordenamiento procesal vigente alguna que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera. “

“La profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local, especialmente mediante la sanción y posterior implementación de la ley 9.040, se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal.”

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

(C.V.)

Fallo:

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

CUJ: 13-04628535-7/1((038601-155134)) F. C/ RAMIREZ ALCALDE GABRIEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (155134) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104711861*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04628535-7/1, caratulada “F. C/ RAMÍREZ ALCALDE S/ CASACIÓN”.

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

El fiscal en Jefe de la U.F.I. San Martín interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 71 (fs. 381/382) mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial condenó a Gabriel Mario Ramírez Alcalde a la pena de dos años de prisión en forma condicional como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa (arts. 34, inc. 6, 35, 26 y 29 inc. 3 del C.P.). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa consideró acreditado que en fecha 11 de noviembre de 2017, siendo las 14 horas aproximadamente, Víctor Claudio Chirino se encontraba en su domicilio de Barrio Los Parrales, manzana “G”, casa “C”, número 12 del departamento de San Martín, cuando comenzó a discutir con el hijo de Gabriel Ramírez Alcalde.

Este último al observar que Víctor Claudio Chirino poseía un hacha en la mano, ingresó a su domicilio, buscó un arma de fuego marca Bersa, calibre 22 y le efectuó un disparo que le provocó la muerte.

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los elementos más relevantes, la declaración de José Luis Chirino, Gabriel Leonel Ramírez; el acta de secuestro de un hacha (fs. 28), el acta de secuestro del arma Bersa modelo 64 calibre 22 (fs. 69) y la declaración del imputado.

II.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal entiende que la sentencia N° 71 es arbitraria en tanto los hechos que han sido tenidos por probados fueron incorrectamente encuadrados como ejecutados en exceso en la legítima defensa.

Según el recurrente, en el caso no se advierte ninguno de los requisitos exigidos por la causa de justificación referida, lo cual obsta a apreciar, en consecuencia, un exceso.

Por el contrario, los elementos de prueba incorporados a la causa verificarían la hipótesis acusatoria.

A favor de este punto de vista, el impugnante brinda argumentos diversos –que desarrollaré a continuación– para sustentar su pedido de casación conforme lo dispuesto por el art. 485 ss. del C.P.P.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal en Jefe de la U.F.I. San Martín remitiéndose a lo allí expresado (f. 427).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso casatorio impetrado.

La estrategia argumentativa del representante del Ministerio Público Fiscal consiste en atacar el razonamiento del a quo como arbitrario en el nivel de la aplicación del derecho.

Como explicaré a continuación, entiendo que este intento nulificante es sólido para alcanzar lo que se propone. Veamos.

El juez sentenciante al analizar la prueba producida en el debate, así como los elementos incorporados por lectura con el consentimiento de las partes, concluyó que Ramírez Alcalde actuó en exceso en la legítima defensa.

A esta solución subyace una visión de los hechos que coloca en un lugar central a la declaración de José Luis Chirino, hermano de Víctor Chirino y amigo de Ramírez Alcalde.

Precisamente, en este doble vínculo con el autor y la víctima se basa el juez para otorgarle credibilidad a sus dichos y descartar cualquier animosidad (ver registros audiovisuales, 00:30:00).

Dicho lo anterior, debe señalarse que la dinámica de los hechos que se consideró verificada en la sentencia Gabriel Ramírez Alcalde, acompañado por José Luis Chirino y sus dos hijos, al volver de comprar el almuerzo y estacionar su automóvil en el puente de entrada de su casa, fue increpado por Víctor Chirino desde el interior de su vivienda.

Al respecto debe señalarse que el primero de aquéllos y el último eran vecinos. A partir de aquí, el juez apreció el comienzo de la agresión, la cual explicó como un «conflicto en escalada» (ver, 00:19:00) en el que Víctor Chirino agredía verbalmente al hijo de Ramírez Alcalde, mientras sujetaba un hacha en la mano –o la tenía a su disposición (ver, 00:21:30)–.

Acto seguido, todo de acuerdo a la sentencia cuestionada, Ramírez Alcalde se aproximó hasta la reja de la propiedad de Víctor Chirino y le efectuó un disparo. Previo a ello y al ver la víctima que el autor se aproximaba con un arma de fuego le espetó «qué me vas a tirar, cagón»(ver 00:24:00).

El representante del Ministerio Público Fiscal coincide con esta plataforma fáctica y advierte que «se dio por probado que la víctima estaba dentro de su casa, en estado de ebriedad y bajo efectos de estupefacientes.

Que había una puerta de rejas que estaba cerrada (luego se supo que estaba cerrada con llave) a través de la cual la víctima comenzó una agresión verbal hacia el hijo del imputado (Gabriel Leonel Ramírez), el hermano de la víctima (José Luis Chirino) y el imputado Gabriel Ramírez Alcalde. [L]a discusión fue subiendo de tono principalmente con el hijo del imputado y luego para con el hermano de la víctima» (f. 398 vta.).

El recurrente sostiene que, asimismo, «resultó probado que, en momentos en que José Luis Chirino comienza a sacar al hijo del imputado, Gabriel Leonel Ramírez, del lugar, el imputado dispara, luego de que la víctima, desde adentro de su casa le gritara: “qué ahora me vas a tirar, cagón... Si vas a tirar, tirá”, y es allí cuando Ramírez Alcalde dispara y la bala ingresa por la axila de la víctima, herida que resultó mortal» (f. 398 vta.).

De este modo, se advierte que el representante del Ministerio Público Fiscal no formula mayores reparos en relación con esta plataforma fáctica –salvo en lo que respecta a la existencia del hacha en condiciones

de uso inmediato (infra)– que el juez entendió probada, sino, específicamente sus cuestionamientos se relacionan con el encuadramiento jurídico de aquella.

Ello en tanto, mientras para el a quo se trata de un homicidio en exceso en la legítima defensa, para el recurrente la calificación de los hechos discurriría por la figura del homicidio calificado por el uso de arma de fuego. Después de analizar las constancias obrantes en la causa, entiendo que el impugnante acierta cuando advierte una arbitrariedad manifiesta entre lo que el juez considera probado y el encuadramiento jurídico dado a estos hechos.

No me parece necesario entrar en mayores consideraciones teóricas sobre los requisitos de la legítima defensa, los cuales me permito dar por conocidos, en tanto, en el caso en cuestión, no se cumple ninguno de ellos.

El representante del Ministerio Público Fiscal puntualiza los extremos más relevantes de la plataforma fáctica y a partir de allí refuta eficazmente cada uno de los requisitos de la legítima defensa, en tanto presupuesto lógico de su exceso.

De esta manera, refiere que: «1.- la víctima estaba adentro de su casa en estado de ebriedad y drogado. 2.- Ante la llegada de sus vecinos comienza a agredirlos verbalmente a través de la reja. 3.- Su hermano, que estaba junto a los vecinos, también es blanco de los insultos. 4.- El hijo del imputado Gabriel Leonel Ramírez es quien se arrima y discute fuertemente con la víctima, siempre a través de la reja de la puerta que luego se supo que estaba con llave. 5.- Cuando el hermano de la víctima, José Luis Chirino, estaba sacando al hijo del imputado de la reja, es que escucha que su hermano le dice al imputado ‘qué me vas a tirar cagón, si vas a tirar tirá’, y es cuando escucha el disparo. 6.- El hermano de la víctima, José Luis Chirino, le dice al imputado ‘qué hiciste’ y Gabriel Ramírez Alcalde dice ‘nada, disparé al piso’. 7.- El imputado se fuga del lugar y se entregó luego de varios días de estar prófugo» (f. 399 vta.).

El recurrente toma como primera premisa de su razonamiento la validación del horizonte de sucesos que el magistrado considera probado para, luego, proceder a refutar su segunda premisa, relativa a la interpretación jurídica de estos hechos.

Entonces, realiza un análisis ordenado de los requisitos de la legítima defensa, contrastando cada uno de ellos con la argumentación del a quo para, en último lugar, resistir la conclusión sobre el exceso en la legítima defensa.

Este razonamiento, como adelanté, lo estimo correcto.

a.- El primer requisito de la legítima defensa en tanto causa de justificación es la existencia de una agresión ilegítima que, en por decirlo en pocas palabras implica una injerencia sin derecho en una esfera jurídica protegida ajena que, además, debe ser actual.

En este punto, ya puede apreciarse un déficit en el razonamiento del tribunal de juicio. Es que, en efecto, la agresión que es caracterizada como «conflicto en escalada», en verdad, se trata de un conjunto de insultos e improperios que alguien alcoholizado y bajo los efectos de estupefacientes le arrojó a su vecino. Es más, en este punto, como deja ver tangencialmente el recurrente, el a quo es especialmente oscuro sobre este punto, pues, por un lado, no es categórico en relación con la existencia de la tetera con agua caliente, la media con piedras y, finalmente la existencia del hacha y, por otro, es contradictorio al fundamentar el peligro que justificaría la acción defensiva de Ramírez Alcalde.

En relación con lo primero, como surge del análisis de las constancias de la causa, estaría acreditado que el día del hecho Víctor Chirino, quien estaba alcoholizado, insultó a su vecino desde el interior de su propiedad, detrás de una reja cerrada con llave. Estos son los únicos extremos debidamente probados,

pues no se sabe con certeza –y el juez así lo reconoce (ver, 00:23:00)– si la víctima estaba munida de una tetera con agua hirviendo, una media con rocas o un hacha.

El juez supone que Víctor Chirino tenía un hacha al momento del hecho, pero no lo afirma categóricamente, es decir, no lo da por probado y, por ende, no integra este elemento la plataforma fáctica acreditada. Y esto es así, en tanto el único elemento con el que cuenta para sustentar esta hipótesis es el secuestro de aquel elemento en el domicilio de la víctima, sin que los testigos refirieran que la poseía o tuviera a disposición al momento de la agresión.

En relación con lo segundo, esto es, el peligro para la vida de Ramírez Alcalde y sus hijos, es necesario dar mejores explicaciones cuando se verifica que el agresor se encontraba «tomado y drogado», al mismo tiempo que todo su despliegue lo fue desde dentro de su propiedad, en tanto también el juez tuvo por acreditado que la reja se encontraba cerrada con llave. Dicho de otro modo, no se han brindado razones de si el estado de ebriedad o de intoxicación aumentaba o disminuía la peligrosidad del agresor. Es que no debe perderse de vista que las agresiones de personas ebrias o bajo los efectos de estupefacientes, pueden, dadas las circunstancias, dar lugar a un estado de necesidad defensivo o, en su caso, a la aplicación de restricciones ético-sociales que disminuyen la amplitud de la acción defensiva. Por último, también se advierten algunas en la argumentación del a quo en otros tramos del desarrollo de los fundamentos relacionados con la acreditación de la agresión cuando, en un intento de sustentar su existencia, avanza por sobre los límites del Derecho penal de acto.

En efecto, el juez relata que Víctor Chirino venía agrediendo a Ramírez Alcalde y su familia de antes, que agredió a la esposa con un cortaplumas porque no le dio dinero para comprar vino, que le decía cosas a sus hijos y todos le tenían miedo (ver, 00:31:00), que según sus antecedentes era un sujeto que había estado «innumerables» veces en la cárcel y, en algunos casos, por robo agravado por el uso de arma (ver, 00:35:00).

En definitiva, la sentencia no consigue pasar el test de validación que amerita el instituto de la legítima defensa ya en relación con el primero de sus requisitos. Es decir, no es precisa respecto a si existió o no existió agresión. De esto se deriva que, si no existe agresión ilegítima, entonces el segundo de los requisitos de esta causa de justificación tampoco se encuentra satisfecho.

Me refiero a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, en tanto la supuesta acción defensiva consistió en un disparo de arma de fuego. b.- El íter argumentativo del juez de la instancia anterior –ya refutado en relación con la existencia de la agresión ilegítima– se encuentra minado, a su vez, por dos contradicciones adicionales que hacen a la necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión. En primer lugar, no es posible valorar la necesidad racional del medio empleado (un disparo de un arma de fuego) para impedir la agresión (con un hacha), cuando no se encuentra debidamente acreditado que Víctor Chirino tuviera en su poder este elemento al momento del hecho. Sobre esto último me remito a la referencia ya citada. En segundo lugar, en un momento del desarrollo de sus fundamentos (ver, 00:34:00) afirma que no existió desproporción grosera entre el mal causado y el mal evitado, pero, acto seguido –y después de realizar consideraciones relativas al elemento subjetivo del delito de homicidio que nada tienen que ver con el contexto permisivo objetivo que podría justificar el accionar del imputado– entiende que «la defensa era necesaria pero el autor utilizó medios desproporcionados» (ver, 00:36:00).

En este sentido, me parece central poner de relieve que la legítima defensa, en tanto eximente de responsabilidad personal en el nivel de la antijuridicidad del comportamiento, requiere verificar la

competencia del agresor por la arrogación de un ámbito de organización ajena. Esto, sin embargo, no ha sido suficientemente acreditado en autos.

Y esta constatación tiene gran trascendencia, pues el sentido de la reacción del agredido en legítima defensa –o en exceso– ha de estar necesariamente vinculado tanto con la arrogación de su ámbito de organización como con la negación de su personalidad.

En efecto es el comportamiento previo del agresor el que lo obliga a tolerar la acción defensiva en tanto único competente por el conflicto.

En definitiva, ninguno de los requisitos de la legítima defensa ha sido debidamente acreditado en la presente causa, lo que amerita su anulación en tanto acto jurisdiccional pues, si esta causa de justificación no ampara el comportamiento del autor, entonces no es posible evaluar la existencia de un eventual exceso.

c.- Finalmente, me parece importante subrayar lo inoportuno del desarrollo oral de los fundamentos de una sentencia que ha recaído sobre un caso altamente complejo, el cual, según entiendo, debió ser concretado en soporte escrito al efecto de permitir una contrastación adecuada de las derivaciones lógicas que se desprenden de las premisas previamente asumidas como verdaderas.

En conclusión, considero que los agravios atacan aspectos centrales del razonamiento del a quo y encuentran asidero en las constancias de la causa. Razones que me convencen de que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y proceder a la anulación de la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Comparto la solución a la que llega el ministro preopinante, sin embargo, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones en torno a la oralidad como soporte de la fundamentación de las sentencias penales.

Como ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el **precedente «Robledo Vergara»**, la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal y no existe en el ordenamiento procesal vigente alguna que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera.

Al respecto, cabe resaltar que la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local, especialmente mediante la sanción y posterior implementación de la ley 9.040, se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal. En esta línea basta con señalar que, a través de una de sus disposiciones transitorias, se prevé que «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes» (art. 85 de la ley 9.040, el subrayado me pertenece).

En primer lugar, este cambio de paradigma resulta claro cuando se repasa la actual redacción de alguna de las normas que conforman el Código Procesal Penal.

De ese modo, en el segmento destinado en la ley adjetiva para establecer las disposiciones generales, específicamente al regular las «actas» (Libro I, título VI, capítulo 2 del CPP) se conmina al juez a obrar de esta manera. En tal sentido, se dispone que «[s]iempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella» (art. 147 primer párrafo del CPP, modificado por ley 9.040).

Por lo tanto, y en cuanto tiene que ver con la actividad procesal destinada a dejar constancia de la aquello sucedido en el marco de un proceso penal ante un funcionario judicial, la regla actual es la digitalización de las audiencias orales como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella. Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual. A su vez, esa intención del legislador local también se ve reflejada cuando se regulan los «actos y resoluciones jurisdiccionales» (Libro I, título VI, capítulo 3 del CPP).

En ese segmento, y tras conminar bajo sanción de nulidad el deber del tribunal de fundar las sentencias según las exigencias legales, a renglón seguido prevé que «[e]n las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente» (art. 155 del CPP, texto modificado por ley N° 8.896), es decir, «[...] suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente» (art. 156 del CPP, texto según ley 9.040).

En segundo lugar, en cuanto tiene que ver con el régimen legal vigente en la etapa de juicio propiamente dicho, la modificación al régimen correccional no hace más que convalidar el cambio propuesto. Así resulta cuando se establece que «[e]l Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración» (art. 417 quinquies del CPP).

Con lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones –en este caso, una sentencia condenatoria–, a través de esta vía. Ahora bien, en armonía con lo dicho anteriormente, nada se le puede objetar a una fundamentación oral siempre que sea brindada de un modo claro, ordenado y suficiente, de forma tal que respete lo establecido por el art. 411 CPP, en especial, en su inciso segundo, relativo a la «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho» en que se basara el juez para arribar a una decisión. Por ello, la oralidad es un soporte adecuado para los casos de escasa o mediana complejidad de análisis, en los que la prueba de cargo resulte evidente o en los que no se presenten múltiples planteos, e igualmente, para aquellos casos complejos, en los que, no obstante, deben extremarse los recaudos para realizar una exposición oral ordenada y clara a fin de no vulnerar ninguno de los principios que inspiran el deber de motivación contenidos en el segundo inciso del art. 411 CPP.

No debe perderse de vista que un sistema acusatorio pleno implica un desarrollo progresivo de las destrezas de fundamentación oral de los magistrados con el fin de cumplir acabadamente con el ordenamiento procesal.

Dicho esto, y pasando a aplicar estas consideraciones al caso concreto, en línea con mis colegas de Sala, advierto que estos recaudos que deben adoptarse al momento de fundamentar oralmente una sentencia no se verifican, sino que, por el contrario, el a quo ha pretendido abordar todos los extremos de la imputación mediante una exposición confusa, aparente y donde los elementos de prueba son analizados de modo vago o superficial.

En efecto, en el minuto 12 del correspondiente soporte audiovisual se advierte que el juez de la instancia previa califica de «violento y agresivo» a Víctor Claudio Chirino, pero sin dar razones que avalen su juicio sobre la existencia de la agresión o su entidad.

De hecho, en lo que hace a la valoración de la prueba de la agresión –requisito ineludible para habilitar una legítima defensa y, eventualmente, un exceso– sólo se hace referencia a un «conflicto en escalada»

(véase 00:19:00) en donde no se termina de explicar si se encuentra debidamente acreditado que Chirino tenía en su poder un elemento con poder ofensivo.

Así, el juez explica «tenemos un sujeto altamente violento, tomado, que después se supo que estaba drogado, con un hacha en la mano o que tiene la posibilidad de disponer de esta arma» (véase 00:23:00) sin dar mayores precisiones sobre la entidad de esa violencia o su inmediatez.

Estos mismos déficits en la motivación de la sentencia se verifican cuando el magistrado sentenciante aborda las cuestiones relativas a la existencia de una acción defensiva, su racionalidad y posterior exceso. En definitiva, lo expresado pone de manifiesto la existencia de vicios en la sentencia con la entidad suficiente para llevar a su anulación.

Es que, de conformidad a lo dispuesto por el art. 416, inc. 4 del CPP, una ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis –en franca oposición a lo establecido por el art. 411, inc. 2 del CPP– no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta. Por lo expuesto considero que debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la sentencia N° 71 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el fiscal en Jefe de la U.F.I. San Martín a fs. 397/401.
- 2.- Anular el debate efectuado, la sentencia N° 71 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 27 de agosto de 2021.-

16- OCHOA CAMPOS. 30-08-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=504>

Lex: Art. 79 y 41 bis; 12, 19, 29 inc. 3° del Código Penal. Arts. 40 y 41 del Código Penal

Vox: homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego. Individualización de la pena. Recurso de queja. Emoción violenta.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diecisiete años de prisión**, con más la inhabilitación absoluta por igual lapso y pago de costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (artículos 79 y 41 bis; 12, 19, 29 inc. 3° del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso a tenor de lo dispuesto por el art. 474 del CPP. pues considera que la individualización de la pena realizada por el tribunal de juicio resulta arbitraria, además de infundada, injustificada y desproporcionada.

El **Procurador General** considera que el planteo de la defensa no debe prosperar, en tanto la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 7585, pronunciada por la Excma. Primera Cámara del crimen- 1° CJ.*

Parágrafos destacados.

“En efecto, y en cuanto a las pautas objetivas de mensuración, el tribunal de juicio valoró la naturaleza de los medios empleados para la comisión del delito por el que resultó condenado, así como también, la extensión del daño causado. “

“Finalmente, en relación a las pautas subjetivas, propias del autor del hecho, cabe señalar que la labor de mensuración del tribunal de sentencia tampoco merece objeciones que la descalifiquen como una operación intelectual debidamente fundada.”

“Nada más alejado de la realidad, pues de los fundamentos del fallo cuestionado surge que el sentenciante consideró como circunstancia atenuante de la penalidad «[...] el hecho de que haya sufrido –en referencia al acusado– una situación estresante que le vino impuesta por una situación externa en la que intervino la propia víctima, la que si bien no puede configurar una atenuante de emoción violenta, si puede ser tomada en consideración para mensurar la culpabilidad por el hecho y la consecuente determinación del quantum de pena”.

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

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-03981474-3/1((010501-74589)) FC/OCHOA CAMPOS SANTIAGO RAMON P/HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCION VIOLENTA AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (74589) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104035735*

En Mendoza, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 03981474-3/1 caratulada “FC/ OCHOA CAMPOS, SANTIAGO RAMÓN P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Santiago Ramón Ochoa Campos interpuso recurso extraordinario de casación (fs. 875/898) contra la Sentencia N° 7.585 (fs. 783 y vta.) y sus fundamentos (ver fs. 800/850), mediante la cual, la entonces Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, condenó al nombrado a la pena de diecisiete años de prisión, con más la inhabilitación absoluta por igual lapso y pago de costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (artículos 79 y 41 bis; 12, 19, 29 inc. 3° del Código Penal) en el marco de los autos N° P74.589/13. En fecha veinticuatro de agosto del año dos mil diecisiete esta Sala de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza – con una integración diversa a la actual–, dictó sentencia y resolvió rechazar el remedio impugnativo intentado el defensor del acusado, confirmando en todos sus términos la resolución atacada (fs. 951/961 de los autos principales). Contra esa decisión, la asistencia letrada dedujo recurso extraordinario federal (fs. 965/982 de los autos principales), cuyo rechazo (fs. 991/993 de los autos principales) dio lugar a la articulación de un recurso de queja por denegación de recurso (ver fs. 1/129 del legajo).

Finalmente, al resolver la queja incoada, nuestro Címero Tribunal Nacional, en fecha quince de abril del corriente año –por mayoría de votos– consideró que «[...] en lo relativo a la convalidación de la determinación del monto de la pena impuesta, la revisión llevaba a cabo por la Suprema Corte de Justicia provincial no cumple con las exigencias establecidas en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399). Que respecto a los demás agravios, el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja, resulta inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja y con el alcance indicado en el primer párrafo se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario; desestimándose en lo restante. Remítase al tribunal de origen para que se agregue la queja al principal y, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado en el presente» (fs. 130 del legajo). De este modo entonces, y con el alcance establecido en la resolución individualizada en el párrafo precedente, de conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincial, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto en relación con el monto de la pena impuesta?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

En virtud de lo dispuesto por este Tribunal a fs. 951/961 y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 130 de los presentes obrados, resulta pertinente para la solución de la presente causa señalar que la

sentencia condenatoria arriba individualizada tuvo por acreditado que «los hechos ocurrieron tal como fueron descritos en el requerimiento de citación a juicio en lo que se refiere a la ejecución por parte del acusado Ochoa del disparo que segó la vida del Sr. Videla Caruso. Sin embargo, no consideró probado que el Sr. Ochoa haya sufrido disparos de parte de Videla Caruso o del hombre que lo acompañaba, ni que el Sr. Ochoa haya actuado en un estado emocional que pueda ser plataforma fáctica de la valoración jurídica de la emoción violenta». «Así, considero probado que el día 28 de julio de 2013, siendo las 5:45 hs aproximadamente, en la Lateral Norte de Acceso Este, a la altura municipal N°3034, de la localidad de Villa Nueva, Guaymallén, Mendoza, el encartado Santiago Ramón Ochoa Campos, advirtiendo la presencia de dos sujetos de sexo masculino egresando en forma sospechosa de su vivienda sito en el domicilio de mención, habría proferido la voz de alto a los sujetos mientras estos huían del lugar, y habría disparado en dirección al menos uno de éstos, hiriendo mortalmente a quien luego fuera identificado como Cristian David Videla Caruso, quien falleció posteriormente en el Hospital Central, mientras que el restante sujeto, quien no se encuentra identificado al día de la fecha, se habría dado a la fuga» (ver fs. 841 de los autos principales). Plataforma fáctica subsumida dentro del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del Código Penal). En el aspecto que corresponde entender en este recurso, el tribunal de juicio condenó a Ochoa Campos a la pena de diecisiete años de prisión. Para ello, ponderó las circunstancias objetivas que rodearon el hecho, como también, las subjetivas o personales inherentes al autor del hecho objeto del proceso (ver fundamentos, fs. 848 vta./850 de los autos principales).

2.- El recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 del CPP. En lo que aquí interesa, particularmente en relación con el tramo de la exposición de los vicios sustanciales, el defensor considera que la individualización de la pena realizada por el tribunal de juicio resulta arbitraria, además de infundada, injustificada y desproporcionada.

Refiere que la arbitrariedad se desprende de la desatención a las pautas mensuradoras previstas en el art. 40 y 41 del Código Penal lo que, a su juicio, determinó la aplicación de una pena a la que considera exagerada. Destaca que el acusado no registra antecedentes computables y que la sentencia dictada sería su primera condena.

Considera que el tribunal a quo no consideró la participación de la víctima en la tentativa de robo con arma en el domicilio de Ochoa, elemento que debió provocar una notable disminución del reproche al acusado, y la aplicación del mínimo legal. Manifiesta no se valoraron correctamente las circunstancias inherentes a la conducta precedente del sujeto, ni tampoco aquellas vinculadas a las condiciones de tiempo, lugar, modo y ocasión demostrativas de una mayor o menor peligrosidad. Hace hincapié en que, de no haber sido por la conducta delictiva de la víctima, el hecho no habría ocurrido.

Estima que no resulta racional pretender que el acusado haga un juicio de valor sobre la edad del agresor, por lo que no cabe ponderar ese extremo como agravante de penalidad. Concluye en que se ha utilizado un criterio retribucionista, que desatiende el desarrollo de la teoría de los fines la pena. Formula reserva expresa del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no debe prosperar, en tanto la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos. En cuanto al punto de agravio que motiva la presente resolución, advierte que el monto de pena aplicado se encuentra comprendido en la escala penal prevista para el delito endilgado, la que parte de un mínimo de diez años y ocho meses de prisión, y un máximo

de treinta y tres años y cuatro meses de la misma especie de pena. Entiende así que la imposición de diecisiete años de prisión no es caprichosa, sino que aparece debidamente fundada en la pieza cuestionada, en la que se analizaron correctamente las pautas legales de mensuración.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación no puede recibir acogida favorable en esta instancia.

Preliminarmente debe decirse que los antecedentes de la presente causa limitan el alcance de la revisión al examen del agravio defensivo relativo a la determinación judicial de la pena. Esa limitación surge de la resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando admitió parcialmente la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Ochoa Campos, sólo con relación a ese punto del resolutivo en cuestión, desestimándola la procedencia de los demás agravios propuestos por esa vía por la parte recurrente.

De tal manera, esta resolución de la Corte Federal confirma la decisión de esta Sala que rechazó el recurso de casación oportunamente interpuesto en los demás aspectos, por lo que el fallo condenatorio censurado –con el alcance limitado por nuestro Címero Tribunal–, ha adquirido firmeza.

En ese contexto, debe señalarse que el recurrente considera que existe arbitrariedad en la individualización de la sanción penal efectuada por el tribunal de juicio, provocada por su desatención de las pautas legales de mensuración establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Este vicio, a su criterio, condujo a la aplicación de una pena infundada, injustificada, además de desproporcionada.

Ahora bien, estimo que los argumentos mediante los cuales el recurrente intenta controvertir la pena impuesta no pueden prosperar en esta instancia, puesto que no se advierten vicios capaces de controvertir el razonamiento del tribunal de juicio. Por el contrario, entiendo que el tribunal de la instancia previa abordó y justificó en forma suficiente lo concerniente a este punto.

En primer lugar, debe considerarse que, configurada la escala penal por un mínimo de diez años y ocho meses de prisión, y un máximo de treinta y tres años y cuatro meses de prisión, debido a la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del Código Penal, el sentenciante ha individualizado el monto aplicable dentro de los límites legales.

En segundo lugar, debe destacarse que, al individualizar la pena aplicable en diecisiete años de prisión, el tribunal ha tenido en consideración aspectos adecuados para mensurar el quantum de pena de acuerdo al hecho cometido y a la culpabilidad del autor. Ello justifica, a mi modo de ver adecuadamente, que aquel monto de pena se encuentre fijado por encima del mínimo legal, pero lo bastante alejada del máximo reproche posible.

En efecto, y en cuanto a las pautas objetivas de mensuración, el tribunal de juicio valoró la naturaleza de los medios empleados para la comisión del delito por el que resultó condenado, así como también, la extensión del daño causado.

En ese orden, entendió como elemento agravante de penalidad, que el acusado se hubiese valido para consumar el hecho del arma reglamentaria que le fuera provista por su condición de funcionario policial. Asimismo, justipreció el daño provocado por el ilícito partir de valorar ciertas condiciones personales de la víctima, tales como la edad y su situación familiar.

Sobre este último aspecto alza su crítica el defensor, quien considera que la edad de la víctima al momento de los hechos no puede ser considerada como un elemento agravante de penalidad. Sin embargo, entiendo que el razonamiento del recurrente en este punto es incorrecto, pues no existe impedimento

legal alguno para considerar las condiciones de la víctima al momento de efectuar la graduación judicial de la pena. Por el contrario, la situación víctima debe jugar un papel decisivo al momento de fijar la pena desde que la expresa previsión legal referida a la extensión del daño y peligro causados (art. 41, inc. 1 del CP) no pueden ignorar las circunstancias de aquélla. Así, al resultar un elemento decisivo para la graduación del ilícito, la valoración de las circunstancias de la víctima no puede tornar arbitrario el razonamiento jurisdiccional, tal como pretende la defensa.

A lo señalado, debe sumarse que la referencia que hace la sentencia sobre este aspecto no ha sido en el sentido que le atribuye el letrado defensor, pues el tribunal de juicio ponderó la edad de la víctima – dieciocho años– como elemento más dentro de la determinación de la extensión del daño causado por el delito objeto del proceso.

Por otra parte, inversamente a lo que propone el impugnante, las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrolló el evento delictivo, fueron efectivamente evaluadas en la determinación de la pena. En este aspecto, el tribunal de sentencia consideró que el acusado disparó en dos oportunidades, una de las cuales provocó el desenlace mortal enrostrado.

Ese aspecto modal del comportamiento criminoso fue vinculado con las características geográficas y de población del lugar del hecho, pues consideró que ocurrió «[...] en la vía pública, en calles pobladas por vecinos, paseantes, una zona comercial y turística por la cercanía con un hotel internacional».

Esas condiciones también fueron valoradas por el tribunal de la instancia previa en tanto el hecho comportó un riesgo para terceros ajenos al hecho y pudo ocasionar una tragedia aún mayor (ver fundamentos, fs. 849 y vta.).

De esta manera, lo expuesto en el párrafo anterior descarta la pretendida omisión de valoración de aquellas condiciones circunstanciales que rodearon al hecho, como lo refiere la defensa (ver recurso, fs. 897). Además, demuestra el acierto del sentenciante cuando funda, a través de ellas, la mayor gravedad del ilícito.

Finalmente, en relación a las pautas subjetivas, propias del autor del hecho, cabe señalar que la labor de mensuración del tribunal de sentencia tampoco merece objeciones que la descalifiquen como una operación intelectual debidamente fundada.

En este plano, debe señalarse que efectivamente el tribunal de la instancia previa valoró la edad de Ocho Campos –cuarenta y nueve años– y la ausencia de antecedentes computables en carácter de reincidencia, aún cuando uno y otro aspecto hayan recibido suerte dispar en la asignación de valor en relación a la cuantía de sanción penal individualizada.

Ello pues, mientras que la edad es valorizada como agravante de pena, la ausencia de antecedentes personales, como dato inserto en el análisis de la conducta precedente del acusado, ha sido apreciada como una circunstancia atenuante (ver fundamentos, fs. 849 vta.). Ello evidencia la ausencia de razón en el argumento defensivo.

La misma conclusión se impone en relación con el planteo de la defensa según el cual el tribunal no analizó la participación de la víctima en la tentativa de robo con arma en el domicilio del acusado. Nada más alejado de la realidad, pues de los fundamentos del fallo cuestionado surge que el sentenciante consideró como circunstancia atenuante de la penalidad «[...] *el hecho de que haya sufrido –en referencia al acusado– una situación estresante que le vino impuesta por una situación externa en la que intervino la propia víctima, la que si bien no puede configurar una atenuante de emoción violenta, si puede ser tomada en consideración para mensurar la culpabilidad por el hecho y la consecuente determinación del quantum de pena*» (ver fundamentos, fs. 849 *in fine*).

Como se advierte, las circunstancias ponderadas por el tribunal de juicio se adecuan a las pautas de mensuración establecidas por los arts. 40 y 41 del CP, no verificándose en el caso bajo estudio ninguna falencia de entidad que amerite la descalificación de la tarea llevada a cabo por el sentenciante.

De ello se deriva que los agravios esgrimidos por la defensa de los acusados constituyen tan sólo un criterio diverso de valoración, fundado en el rol que desempeña, pero insuficiente para conmovir los fundamentos cuestionados.

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

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dr. Garay. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y DALMIRO GARAY, adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y DALMIRO GARAY adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa del acusado Santiago Ramón Ochoa Campos.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro

17- AUCACHI CISNEROS. 02-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	PI	-	PCE IE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=558>

Lex: Aarts. 84 bis, 54 y 94 del CP.

Vox: Homicidio con dolo eventual. Homicidio culposo. Concurso ideal. Lesiones culposas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión e inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores por el término de diez años por resultar autor culpable y responsable del delito de homicidio culposo agravado en concurso ideal con lesiones culposas.

La **defensa** interpone recurso de casación y cuestiona la valoración probatoria, que la resolución adolece de vicios *in procedendo*, y se omitió la valoración de circunstancias atenuantes.

El **Ministerio Público Fiscal** interpone recurso de casación y argumenta que se ha valorado incorrectamente prueba que fundamentaría la imputación del hecho a título de dolo eventual, con lo cual se configuraría un vicio *in procedendo*.

El **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y hacer lugar a la impugnación fiscal, la cual mantiene en todos sus términos.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1418, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf

Párrafos destacados

“Pero, y aquí reside el quid de la cuestión, el comportamiento de las víctimas es incorporado a la ecuación que arroja el grado de peligro final, en tanto referencia del tipo subjetivo. Así, al peligro generado por el acusado, la jueza le resta el grado de peligro generado por las víctimas al desplazarse durante la noche por la calzada de manera prohibida. El índice arrojado por esta ecuación es considerado entonces de imprudencia. Por su parte, las circunstancias propias del devenir del hecho llevan a la jueza a imponer el máximo de la pena prevista para el delito imputado.”

“Así, no hay violación del principio de culpabilidad, pues el acusado no responde por un tramo del hecho que no le compete a él (que es asunto de las víctimas), ya que esta cuestión ha sido debidamente considerada en el plano del tipo objetivo. Un tipo objetivo que repercute en tanto índice de riesgo en la determinación del tipo subjetivo. Este último, como he explicado en otras oportunidades, no es una cuestión que pueda reducirse a un problema de (des)conocimiento –y menos aún de voluntad–, sino que depende también de la entidad del riesgo creado y de la competencia por el acaecimiento del resultado en tanto elementos del tipo objetivo.”

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

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05456879-1/1((018601-323)) FC/ AUCACHI CISNEROS ROBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL (0323) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105634177*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05456879-1/1, caratulada "F. C/ AUCACHI CISNEROS S/ REC. CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Roberto Aucachi Cisneros y el representante del Ministerio Público Fiscal interponen recursos de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 1418 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años por resultar autor culpable y responsable del delito de homicidio culposo agravado en concurso ideal con lesiones culposas (arts. 84 bis, 54 y 94, todos del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado, con la certeza necesaria requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 14 de enero de 2019 a las 21:22 hs. Roberto Aucachi Cisneros conducía una camioneta marca Nissan Frontier, dominio FDW-373, por el carril norte de la Lateral Norte del Acceso Este, con dirección de marcha sureste a noreste, antes de llegar a calle Tirasso, de Guaymallén, Mendoza, a 263 metros al noroeste del puente peatonal 'Adrián Sosa'. El vehículo circulaba sin las luces reglamentarias encendidas y Aucachi tenía una alcoholización de 1,81 g/l. En esas circunstancias, embistió desde atrás a un grupo de personas que caminaban por la calzada de la Lateral Norte del Acceso Este, sobre el carril norte, en el mismo sentido de marcha de Aucachi, integrado por: Lourdes Beatriz Tejada, Nicol Riquelme, Rocio Arias –quien llevaba a Aymaré Tejada en un cochecito de bebé– y Gabriela Riquelme –quien llevaba a su hijo Francesco en un cochecito de bebé–. Luego del atropellamiento, Aucachi continuó su marcha intentando darse a la fuga. No lo logró debido a la intervención de otras personas que circulaban por el lugar y se lo impidieron. Como consecuencia del siniestro, Aucachi causó la muerte de Gabriela Riquelme y Aymaré Tejada y lesiones leves a Lourdes Beatriz Tejada, Nicol Riquelme y Rocio Arias». Para decidir en tal sentido, el a quo valoró el acta de procedimiento, el croquis ilustrativo, los informes de Policía Científica, el acta de dosaje de alcohol, las declaraciones testimoniales, el descargo del acusado, así como toda la prueba válidamente incorporada al debate.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de Roberto Aucachi entiende que la resolución atacada adolece de vicios in procedendo al valorar erróneamente la prueba que sustenta la pena impuesta. En este sentido, el recurrente sostiene que el máximo de la pena se encuentra infundado con base en la entidad del peligro creado por el autor y su relación con el acaecimiento del resultado lesivo, el cual se explicaría, en parte, por el

comportamiento arriesgado de las víctimas. Así, no sería suficiente para imponer la pena máxima del delito culposo. En otro orden de ideas, sostiene que no se puede valorar en contra del autor el hecho de que haya intentado fugarse, pues, en rigor de verdad, Roberto Aucachi actuó motivado por un estado de shock generado por el siniestro. Finalmente, objeta que la jueza omitió considerar circunstancias atenuantes, tales como la edad del autor y que contaba con trabajo y familia al momento del siniestro. Formula reserva del caso federal.

III.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

En su impugnación, el representante del Ministerio Público Fiscal argumenta que se ha valorado incorrectamente prueba que fundamentaría la imputación del hecho a título de dolo eventual, con lo cual se configuraría un vicio in procedendo. En concreto, hace referencia a la valoración del testimonio de Henry Miranda y a la pericia técnica de parte practicada por el Ing. Gómez, pruebas que acreditarían que las víctimas no se desplazaban por la calzada, sino por la banquina. Formula reserva del caso federal.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y hacer lugar a la impugnación fiscal, la cual mantiene en todos sus términos (fs. 7/8 de la compulsas).

En relación con el recurso defensivo, considera que incorrectamente se pretende cargar las consecuencias del actuar del acusado sobre las víctimas. Acto seguido, valida el razonamiento del a quo al momento de valorar la prueba y estimar acreditados los extremos de la plataforma fáctica.

V.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que deben rechazarse los recursos casatorios impetrados por la defensa del acusado, como por el Ministerio Público Fiscal. Paso a explicarlo.

a.- Sobre la improcedencia del recurso de la defensa del acusado

La defensa se agravia respecto de la actividad desplegada por el tribunal de juicio al momento de individualizar la pena. Con este objetivo, cuestiona la necesidad de pena en el nivel de la culpabilidad. Argumenta que el hecho no se explica únicamente con base en el comportamiento antinormativo del autor sino que, además, sería jurídico-penalmente relevante el comportamiento arriesgado de las víctimas en orden a la causación del resultado. De acuerdo a su posición, el hecho sería menos grave y, en consecuencia, el máximo de la escala penal –seis años– en tanto refutación del injusto en el nivel de la culpabilidad sería excesivo. En este orden de ideas, la defensa ataca el razonamiento de la jueza según el cual, el riesgo creado por el autor, por su alta probabilidad de producción del resultado, sería inicialmente de dolo pero, al verificarse junto con él una autopuesta en peligro de las víctimas –en este caso representadas en la figura de la madre–, aquel riesgo devendría objetivamente en un peligro de imprudencia. Bien, concretado el planteo defensivo y analizadas las constancias obrantes en la causa, considero, en primer término, que la argumentación de la magistrada sentenciante asume como punto de partida la tesis sobre la distinción entre dolo e imprudencia que desarrollé en el precedente «Quiroga Morales».

Y lo hace de manera correcta. Ello en tanto, antes que todo, evalúa el índice de riesgo objetivo creado por el acusado al momento del hecho –conducción antirreglamentaria por excesivo consumo de alcohol y no

circular con las luces encendidas—. Un índice que, inicialmente, evalúa como de dolo con base en la alta probabilidad de acaecimiento del resultado lesivo. Pero, y aquí reside el quid de la cuestión, el comportamiento de las víctimas es incorporado a la ecuación que arroja el grado de peligro final, en tanto referencia del tipo subjetivo. Así, al peligro generado por el acusado, la jueza le resta el grado de peligro generado por las víctimas al desplazarse durante la noche por la calzada de manera prohibida. El índice arrojado por esta ecuación es considerado entonces de imprudencia. Por su parte, las circunstancias propias del devenir del hecho llevan a la jueza a imponer el máximo de la pena prevista para el delito imputado. Así, no hay violación del principio de culpabilidad, pues el acusado no responde por un tramo del hecho que no le compete a él (que es asunto de las víctimas), ya que esta cuestión ha sido debidamente considerada en el plano del tipo objetivo. Un tipo objetivo que repercute en tanto índice de riesgo en la determinación del tipo subjetivo. Este último, como he explicado en otras oportunidades, no es una cuestión que pueda reducirse a un problema de (des)conocimiento –y menos aún de voluntad–, sino que depende también de la entidad del riesgo creado y de la competencia por el acaecimiento del resultado en tanto elementos del tipo objetivo. Hasta aquí, y según entiendo, el razonamiento del tribunal de juicio es correcto, por responder a los lineamientos establecidos en el precedente “Quiroga Morales” y, a su vez, por derivar consecuencias sistemáticas verificables a la luz de la teoría referida y las constancias obrantes en la causa.

Resta determinar, si los extremos del hecho configuran un injusto imprudente que amerita la reacción más drástica en el marco de la escala penal, esto es, una pena de seis años de prisión. Como anticipé, mi respuesta a esta cuestión es afirmativa. En efecto, el comportamiento del autor revela una afrenta a la norma cuya refutación no puede sino traducirse en el tope de la pena prevista para su infracción. Por un lado, con base en la cantidad de alcohol en sangre (1,81 g/l) y, por otro, debido a la conducción sin las luces reglamentarias. La jueza explica así que «el circular sin luces, por una calle oscura, en una zona urbana con abundante tránsito, que le era conocida a Aucachi por vivir en las inmediaciones del lugar del hecho y en un horario pico para la estación del año, generó un alto riesgo para la vida e integridad de las personas» (véase expte. digital) Asimismo, la magistrada sentenciante explicó que aquel despliegue que se agravaba por la magnitud del resultado causado: la muerte de una mujer y su hija dos años y las lesiones de diversa gravedad física y psíquica para el resto de las niñas que caminaban junto con ellas. En la sentencia se lee que no corresponde ponderar como agravante la pérdida de la vida de dos personas, dado que esta circunstancia ya está regulada como agravante en el propio art. 84 bis CP, por lo que cualquier objeción relativa a la existencia de una doble valoración, debe ser descartada. No obstante ello, la jueza valora la edad de las víctimas –una niña de dos años y una joven madre de veintidós años, que trabajaba, estudiaba y era el único sostén de su otro hijo, Francesco– (véase expte. digital). En otro orden debe decirse que la jueza no omitió considerar eventuales circunstancias atenuantes, tales como la edad del autor (veinticinco años), así como que contaba con trabajo y familia al momento del siniestro. No obstante, las consideró inidóneas para compensar o “neutralizar” la gravedad del injusto atribuido a Roberto Aucachi. Finalmente, considero que el ataque defensivo a la prueba de la frustrada fuga del autor inmediatamente después de colisionar con las víctimas no es de recibo y, por ende, la calificación jurídica de los hechos no padece vicio alguno.

En rigor, el recurrente se ha limitado a reiterar los argumentos vertidos en los alegatos, los cuales han sido correctamente refutados por el tribunal de juicio. En efecto, en los fundamentos de la sentencia se analizaron en detalle este aspecto del hecho y, con base en los testimonios de Lourdes Tejada, Henry Miranda, Melisa Lima, Julio Luna y Sergio Valeri, se descartó la versión brindada por el acusado al

momento de realizar su descargo, según la cual no habría huído. La jueza concluyó al respecto que lo intentó, pero no lo consiguió debido al intenso tráfico que había en la calle Tirasso y porque otros vehículos le impidieron el paso (véase expte. digital). En base a las consideraciones realizadas, considero que el recurso de la defensa no es procedente por lo que la impugnación debe ser rechazada.

b.- Acerca de la improcedencia del recurso del Ministerio Público Fiscal

La fiscalía solicita se anule la sentencia en tanto la jueza interviniente habría valorado incorrectamente los testimonios rendidos y se habría apartado arbitrariamente de las conclusiones sostenidas en la pericia mecánica. En concreto, el recurrente sostiene que la prueba obrante en la causa no verifica que las víctimas caminaban por la calzada de la Lateral Norte del Acceso Este, sino, por la banquina terrosa de esta arteria. Este extremo repercutiría en la calificación jurídica del hecho imputado como homicidio simple con dolo eventual (dos hechos) en concurso ideal con lesiones leves con dolo eventual (tres hechos).

El representante del Ministerio Público Fiscal, hace hincapié en dos pruebas: el testimonio de Henry Miranda –conductor del coche que se desplazaba detrás de la camioneta de Aucachi Cisneros– y la pericia mecánica de fs. 510/513 practicada por el Ing. Gómez. Respecto de la primera de estas pruebas advierte que el testigo fue categórico al referir que el vehículo del acusado «mordió» la banquina levantando tierra sobre la calzada.

En relación con la pericia mecánica, afirma que esta explicó la dinámica del accidente y determinó que las víctimas caminaban «ocupando la banquina terrosa lateral Norte». Agrega que esta conclusión fue ratificada durante el debate por el Ing. Gómez, persona encargada de practicar la pericia. Puesto a analizar el recurso fiscal, no advierto que las pruebas supra referidas hayan sido inadvertidas por la magistrada sentenciante.

En efecto, en el apartado quinto del tratamiento de la cuestión primera, la sentencia expresa en detalle cuáles son las razones por las que se tiene por probado que las víctimas caminaban por la calzada y no por la banquina terrosa. A su vez, el valor de los testimonios señalados por la fiscalía –en particular el de Henry Miranda y el del Ing. Gómez– fue especialmente tenido en cuenta por la jueza sentenciante. Respecto del primero, puso de relieve que en verdad no había visto por dónde caminaban las víctimas y reprodujo su declaración en sede del debate cuando dijo: «Yo no vi a las personas que caminaban. No vi por dónde caminaban». Acto seguido, analizó el tramo de la declaración del testigo al que recurrió la fiscalía para fundamentar su visión de los hechos, el que expresó «cuando llegamos a un puente que pasa por arriba del canal Pescara, la camioneta iba entre treinta y cincuenta metros delante de mí. Después de cruzar el puente ya llevaba dos ruedas sobre la banquina. Ahí vi un bulto que voló». Sin embargo, estas manifestaciones no fueron positivamente ponderadas por la jueza con base en el resultado del informe técnico de Policía Científica que determinó la ausencia de huellas de rodamiento sobre la tierra antes del área de colisión (véase fs. 196 vta.).

En resumen, la jueza no sólo analizó en particular el testimonio de Henry Miranda, sino que brindó válidas razones para descartarlo como una prueba con el suficiente peso para poner en duda el hecho de que las víctimas caminaran por el asfalto. Razones igualmente válidas fueron brindadas para descartar el resultado de la pericia practicada por el Ing. Gómez y su posterior testimonio en sede de debate. En otro sentido, el resultado de la pericia y el testimonio brindado por el Ing. Gómez en el plenario dieron cuenta de que las víctimas caminaban ocupando la banquina terrosa Lateral Norte, oponiéndose palmariamente a lo determinado en el informe de Policía Científica. Al encontrarse con esta disyuntiva, la jueza explicó la diferente naturaleza de un informe técnico y de una pericia. No obstante, puso de relieve que en el

presente caso la pericia se apoyó principalmente en un informe técnico, por lo que el valor probatorio de la primera «está directamente ligado a la coherencia, consistencia y solidez de las conclusiones» del segundo.

Por lo que, frente a la disparidad de opiniones, la jueza le otorgó mayor peso convictivo y confiabilidad al informe técnico de Policía Científica. A aquella razón de carácter metodológico agregó que la selección del Ing. Gómez para la confección de la pericia fue producto de una secuencia de sorteos fracasados para cumplir con la pericia en la que se terminó seleccionando a un profesional que, si bien poseía conocimientos de ingeniería electromecánica, no los poseía en criminalística, los cuales hubiesen sido óptimos para realizar la tarea encomendada.

A esto se suma que los acusadores no acreditaron (con la formulación de preguntas pertinentes) la calidad de testigo experto del Ing. Gómez en sede de debate. Por el contrario, la Oficial Pellizzoni, quien llevó a cabo el informe técnico de Policía Científica, respondió a las preguntas de la defensa técnica tendentes a acreditar su experticia y respondió que había trabajado doce años en Policía Científica, la mayoría en Accidentología Vial y que tenía título en criminalística que abarca un área en accidentología. Finalmente, la jueza de la instancia previa puso de relieve las circunstancias en que realizó su trabajo Policía Científica y aquellas en las que efectuó la pericia el Ing. Gómez. Éste, para realizar la medida solicitada por la acusación, varios meses después del hecho, se trasladó a la playa de secuestros de San Agustín, donde inspeccionó la camioneta marca Nissan Frontier que conducía el acusado y luego se desplazó al lugar del hecho donde efectuó otra inspección. La mecánica del accidente fue determinada con base en estas dos actividades y el análisis de la documentación puesta a disposición de este profesional, incluido el informe de Policía Científica. La Oficial Pellizzoni, por su parte, junto con sus compañeros de trabajo, se trasladó al lugar del hecho minutos después de producido y desarrolló su labor sobre el terreno donde se hallaban los indicios. A partir de allí, elaboró sus conclusiones. Cabe decir que todos los indicios fijos relevados en el lugar del hecho se ubicaron en la calzada (restos terrosos, cadáveres, fricción neumática, signos de arrastre, manchas hemáticas, abrasiones metálicas, etc.). Dicho de otro modo, tanto el informe técnico practicado por la Oficial Pellizzoni, como las conclusiones de la jueza son derivaciones lógicas debidamente fundamentadas. A la inversa, no se verifican elementos que pudieran poner en duda estas conclusiones.

Así, las conclusiones del perito de parte, relativas a que el siniestro se produjo en la banquina, carecen de todo asidero objetivo. Al agravio supra referido subyace un cuestionamiento al encuadramiento jurídico de los hechos llevado a cabo por la jueza de la instancia previa. Así lo sugiere el representante del Ministerio Público Fiscal, quien pretende una calificación por homicidio simple y lesiones a título de dolo eventual y por ello solicita la anulación de la sentencia. Ahora bien, respecto de esta pretensión nada se argumenta. Dicho de otro modo, el recurso fiscal padece un salto lógico que omite cualquier argumentación relativa a cómo la modificación en la plataforma fáctica respecto del lugar en que caminaban las víctimas, de ser verificada, repercutiría en la calificación del hecho. Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el representante del Ministerio Público Fiscal, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

c.- Conclusión

Por todo lo expuesto, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, deben rechazarse los recursos interpuestos por la defensa como por el Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Si bien adhiero a la solución que postula mi colega preopinante en relación con el recurso defensivo y el recurso fiscal, considero oportuno dejar sentada mi opinión respecto de la fundamentación que sustenta la validación de la sentencia condenatoria.

En relación con las consideraciones que realizó la jueza vinculadas a que el comportamiento del acusado resultaba culposo y no doloso, debo señalar en que en diversos precedentes me he expedido con una fundamentación diversa sobre la cuestión (ver al respecto, mis votos en «Sanhueva», «Quiroga Morales»). Ahora bien, esta diferente posición no varía la solución del caso debido a que la prueba obrante en autos no verifica una determinación de la voluntad de Aucachi hacia el delito.

En el hecho sometido a juicio no se ha acreditado una resolución delictuosa, de la que se derive que el autor comprendía la criminalidad del acto y dirigía su acción hacia la causación del resultado. Dicho con otras palabras, no se ha apreciado un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se desplazaban esa noche por la calzada de la Lateral Norte del Acceso Este.

En otro orden **debe señalarse que la defensa critica que, conforme la calificación legal establecida por el tribunal, se haya aplicado el máximo de la escala penal prevista**, la cual se encontraría arbitrariamente determinada. Por el contrario, entiendo con base en tres argumentos, que la pena de seis años de prisión se encuentra debidamente fundada en los hechos y el derecho.

En primer lugar, porque la sentencia se mantiene debajo del umbral de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal, ya que a Aucachi Cisneros se le impusieron seis años de prisión, mientras que la acusación solicitó dieciséis años de prisión. De este modo, el principio acusatorio se encuentra resguardado.

En segundo lugar, el castigo tampoco desborda la escala penal, pues se ubica en su tope con base la figura penal del art. 84 bis y 94 CP.

En efecto, la jueza consideró que el máximo aplicable, conforme las reglas del art. 54 CP, arrojan un máximo de seis años de prisión.

Por último, la sentencia presenta un iter argumentativo claro y distintivo de las circunstancias que el tribunal entiende gravan al autor y su hecho en tanto injusto culpable, y la que lo desgravan, tal como lo ha referido el ministro preopinante.

Dicho lo anterior, entiendo que la pena impuesta a Aucachi Cisneros se encuentra debidamente fundada y se encuentra dentro de la escala penal aplicable, en tanto segmento derivado de la calificación legal y el grado de realización de los hechos imputados. En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Aucachi Cisneros y por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Roberto Aucachi Cisneros y por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

18- GUAJARDO SEPUT. 03-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=511>

Lex: Art. 7, 256, 320, 321, 155, 416 inc.4°, 197, 198 y 200 del CPP. Ley 26061. Ley 27372. Ley 23849. Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 468 CPP. Art. 75, inc. 22° de la CN.

Vox: Homicidio culposo. Nulidad absoluta. Falta de fundamentación. Nulidad por la nulidad misma. Nulidad del examen histopatológico. Actos definitivos e irreproductibles.

Summa:

El **TPC** rechazó el recurso de apelación deducido por la titular de la Fiscalía de Instrucción, Correccional y Penal de Menores del departamento de Malargüe y, por otro lado, admitió la impugnación incoada por los defensores de los coimputados, en consecuencia, confirmó la nulidad absoluta del informe de necropsia del examen del médico forense y de las actas de imputación formal, y se declaró la nulidad del examen histopatológico, por ser un acto consecuente y complementario del examen de necropsia.

El **MPF** interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución mediante la que, por un lado, rechazó el recurso de apelación deducido por la titular de la Fiscalía de Instrucción, Correccional y Penal de Menores del departamento de Malargüe y, por otro lado, admitió la impugnación incoada por los defensores de los coimputados.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el fiscal a cargo de la Segunda Fiscalía de la Unidad Fiscal Departamental de San Rafael y se remite a los argumentos vertidos oportunamente por él.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación interpuesto, declarando la nulidad del auto nro. 201 y sus fundamentos en el marco de estos autos N° P-147.994/17.

Resolución cuestionada: Auto N° 201, pronunciado por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 183-188;
- 202-001;
- 269-234;
- L.S. 147-166,
- 307-184;
- Lorente
- Cabañez

b-CSJN

- 306:1123;
- 306:1621;
- 320:1038;
- 338:1248;
- 319:1840;
- 328:2870;

- 321:589;
- 318:1269;
- 325:1404, considerando 7°;
- 330:4549;
- 334:1081;
- 315:677

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

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04792066-8/1((028601-147994)) FC/ GUAJARDO SEPUT YACTAYO LIVADIOTI RYBA P/ HOMICIDIO CULPOSO: EXC. MALA PRAXIS (147994) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104871439*

En Mendoza, a los tres días del mes de setiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04792066-8/1 caratulada "FC/GUAJARDO, ESTELA AMALIA; SEPUT YACTAYO, PEDRO MARTÍN Y LIVADIOTI RYBA, LEONOR YOLANDA P/HOMICIDIO CULPOSO...S/CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

El titular de la Segunda Fiscalía de la Unidad Fiscal departamental de San Rafael interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución mediante la que, por un lado, rechazó el recurso de apelación deducido por la titular de la Fiscalía de Instrucción, Correccional y Penal de Menores del departamento de Malargüe y, por otro lado, admitió la impugnación incoada por los defensores de los coimputados Livadioti y Seput (fs. 393).

En consecuencia, se confirmó la nulidad absoluta del informe de necropsia (fs. 35 y vta., fs. 243 y vta.), del examen del médico forense (fs. 47 y vta.), y de las actas de imputación formal (fs. 309 y vta., y de fs. 315 y vta.), y se declaró la nulidad del examen histopatológico de fs. 244, por ser un acto consecuente y complementario del examen de necropsia (ver resolución, fs. 393).

El pronunciamiento atacado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en el marco de los autos N° P-147.994/17 quien, a su vez, decidió conceder formalmente la impugnación casatoria intentada (ver auto de fs. 417).

Radicadas las actuaciones en este Tribunal se emplazó a las partes a fin de que comparecieran a este tribunal y ejercieran las facultades dispuestas por el ordenamiento procesal (fs. 655). Al contestar el emplazamiento efectuado, la defensa de los coimputados Livadioti y Seput solicitó el rechazo del recurso de casación intentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, la confirmación de la resolución impugnada (fs. 656/665 vta.).

Corrida la vista al señor Procurador, se incorporó su dictamen a fs. 677. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en función de apelaciones, resolvió del modo precedentemente señalado, brindando los fundamentos de la decisión adoptada en forma oral. En efecto, en cuanto a la nulidad de la necropsia practicada sobre el cadáver de la víctima, sostuvo que «[e]l art. 7 del CPP consagra, a modo genérico, las garantías del imputado y de la defensa técnica. También nos señala qué se entiende por persona imputada o interesada. Hay un concepto amplio de persona imputada, que es aquella que aparece señalada, aunque formalmente no se encuentre imputada, como posible sospechoso de una conducta posiblemente delictiva.

Desde ese momento el art. 7 consagra el derecho y la garantía que tienen a participar de los actos de la investigación [...]. Por supuesto que hay actos que no deben notificarse ni darse intervención al imputado porque, dada su propia naturaleza, ello los desnaturalizaría, como son las medidas de registro, aunque deben notificarse inmediatamente de realizadas». «También han señalado las partes la notificación de los actos definitivos e irreproducible, la necesaria intervención que se le debe dar a la defensa, justamente para permitir el control de parte, porque es un acto que, una vez que es llevado a cabo, ya se pierde la posibilidad de volver a repetirse y, por ende, de un contralor de la parte, en este caso de la defensa.

El art. 256 también nos habla en qué casos procede la necropsia necesaria. Parece una obviedad decirlo pero la necropsia, desde su inicio, desde la identificación misma del cadáver, por los estudios que sucesivamente es sometido el cadáver de una persona, muchos de esos actos no van a poder repetirse. Si bien se pueden repetir algunos exámenes o estudios, siempre y cuando se conserven.

Pero la primera revisión que se realiza de un cuerpo, con el paso del tiempo, o con las mismas maniobras que se realizan sobre el cuerpo, pueden ir alterando su naturaleza y sustancia. Por eso lo consideramos un acto definitivo e irreproducible». «

La ley señala cómo se debe proceder en los **casos definitivos e irreproducible**, que es de darle intervención a la defensa, posibilitarles el control de la realización de esos actos. Es decir, se le debe notificar brevemente a los fines que la defensa decida u opte por proponer o no un perito de control y puntos de pericia, o [bien] someterse directamente al examen que realicen los peritos oficiales intervinientes, en este caso, el médico forense.

Se le debe notificar, haciendo una interpretación en concordancia entre el art. 321, como acto definitivo e irreproducible, el art. 256, que habla de la necropsia necesaria, y el art. 7 del CPP, de la garantía de la defensa desde el primer momento, de la participación de la persona, aunque formalmente no se encuentre imputada, aunque ya aparece como sospechada, la posibilidad de darle intervención en los actos de la investigación, más tratándose de actos que sean definitivos e irreproducible».

«Pasando al caso concreto, viendo esta normativa, se advierte según el acta de procedimiento de fs. 1 [...] el hecho que nos ocupa, que es objeto de investigación, ocurrió el día 26 de setiembre de 2017. A las 22:00 hs se deja constancia que a las 21:45, el personal policial es desplazado al nosocomio local, donde le informan lo que había sucedido con la niña [víctima]. Que a las 18:10 hs. habría arribado la ambulancia proveniente de Malargüe trasladando a la niña.

Inmediatamente se hace presente el Ayudante Fiscal Marcelo Carricondo e informa que la Dra. Andrea Rossi había dispuesto realizar la necropsia del cadáver y que se juntara la epicrisis, por lo que el Dr. Cuaranta necesita de ésta para poder llevar a cabo la necropsia». «El Dr. Cuaranta, en su informe de necropsia, da cuenta que comenzó a realizar la misma el mismo día 26 a las 22:00 hs. A la misma hora, y en simultáneo, se estaban realizando actos de instrucción en la ciudad de Malargüe. Concretamente, se estaban recibiendo testimoniales, como las que obran a fs. 13 y 14, de la Sra. Estela Amalia Guajardo, quien informa ya quiénes serían las personas que, desde un principio, aparecerían como sospechosos o negligentes en ese momento.

Concretamente aparece el nombre de una persona que luego resulta imputada, el Dr. Seput, quien habrían faltado a sus deberes de funcionario público por no responder los llamados que le realizaban desde el nosocomio para asistir y acompañar a la menor en el traslado de la ambulancia».

«Es decir, cuando el Dr. Cuaranta estaba realizando la necropsia, ya se tenía conocimiento de quienes podrían ser, al menos una, las personas que aparecerían como sospechosas. Después [...] aparece el apellido, también, de otra de las personas que al año es imputada, como es la Dra. Livadioti, donde

posteriormente, el Dr. Barboza informa que la habría derivado a ese nosocomio». «Es decir que, en ese primer momento de la investigación, ya se tenía conocimiento de dos de las personas que, un año después, aparecen imputadas, y que en ese momento, conforme lo señala el art. 7 del CPP, al menos, ya aparecerían como personas sospechadas de una posible conducta ilícita. En este caso concreto, de una **mala praxis**». «[En las presentes actuaciones] se omitió darle intervención a las personas que aparecían como sospechadas desde un primer momento, que eran los médicos que se mencionan en las testimoniales que se presentaron en el mismo día veintiséis de setiembre en la ciudad de Malargüe. Justamente, notificarles es darle la posibilidad de que, como lo señala el CPP., prop[ongan] abogado, prop[ongan] defensor, y también de que había urgencia en practicar un acto, como es la necropsia, tan trascendente, para posibilitarles la proposición de un perito de control, cosa que no se hizo».

«Pero aún más, teniendo en cuenta que el art. 321 señala [la] posibilidad de realizar un acto definitivo e irreproducible sin necesidad de notificarle, o cuando no se puede individualizar cuáles son las personas que aparecen como sospechadas, [...] justamente por razones de urgencia, también [esa] norma establece [que se debe] dejar expresa constancia de cuál es la urgencia, o cuál es el impedimento para no cumplir con el requisito de notificación a la defensa. Justamente, que esa razón de urgencia quede plasmada en la actuación procesal, es para que el día de mañana pueda ser controlada por la defensa y cotejar si, efectivamente, lo que se alegó como razón urgencia para la omisión de notificación, se trataba o no de una razón de urgencia.

Entiendo que no basta sólo con alegarlo sino que hay que dejar expresa constancia para que pueda ser controlada y corroborado esa razón de urgencia ese impedimento por la defensa. Cosa que, en las actuaciones, tampoco se ha hecho. No hay constancia que así se haya realizado.

Téngase en cuenta que, para cumplir con este requisito, sólo bastaba con un llamado telefónico al defensor oficial de turno para poder notificarle que se iba a realizar un acto definitivo e irreproducible. Es más, una hora más que se hubiese demorado la necropsia, ya se tenía información de quiénes eran las primeras personas que al menos aparecían como sospechadas de criminalidad, aunque no estuviesen formalmente imputadas».

«En consecuencia, entiendo que la necropsia realizada bajo estas omisiones que señala como requisito de validez la norma procesal, ha lesionado el derecho de la defensa. No es que resulte nula por la nulidad misma [...] el perjuicio está en que, las personas que aparecen imputadas, se han visto impedidas de poder controlar, a través de un perito de parte, esos actos [...] es una garantía constitucional plasmada en una norma procesal, y debe cumplirse con esa garantía. La persona verá después si hace uso, si ejerce ese derecho de proponer el perito de control o no. Pero, al menos, se le debe dar la posibilidad, la oportunidad de saber que se está realizando un acto de tamaña envergadura, y que puede participar de su ejecución a través de la designación de un perito de control».

«Pero es más, suponiendo que hayan existido razones de urgencia [...] como las que señala el Sr. Fiscal [...], tampoco hay constancia de [ello]. No hay constancia de que el forense haya dicho que haya que realizarla con suma urgencia, porque se corría el riesgo de descomposición del cadáver. No consta. Tampoco que el tipo de refrigeración de la morgue judicial estaba descompuesto, y que eso dificultaba o impedía la conservación por algunas horas o por determinado tiempo del cadáver, no nos consta. Apelar a ese argumento sería hacer una suposición, porque no hay constancia». Asimismo, respecto de la nulidad del examen histopatológico de fs. 244, sostuvo que «[al realizarse la necropsia] se extrajeron partes de corazón y de pulmón para su examen anatomopatológico o histopatológico. También la instrucción tuvo la oportunidad de notificar ese segundo o sub examen, o examen específico y complementario de la

necropsia, para que las personas que aparecían como sospechadas de cometer un acto posiblemente ilícito, si no habían podido participar de la necropsia, pudieran participar de este segundo examen complementario. Tampoco hay constancia que se le haya dado participación a las personas sospechadas, y menos aún, al defensor oficial». Por lo que concluyó que «no se cumplieron con las normas procesales que regulan la realización de los actos procesales definitivos e irreproductibles, concretamente con la notificación a la persona sospechada para que designe abogado defensor y para que, en este caso concreto, pueda proponer perito [...]. Tampoco se le dio intervención al defensor oficial, para lo cual bastaba sólo una notificación vía telefónica [...]. Si bien se alegan las razones de urgencia para omitir esa notificación, no basta con su alegación, hay que dejar expresa constancia de cuáles son. Cosa que desconocemos cuales han podido ser, porque no hay constancia en el expediente. [En el] acto que se realizó al día siguiente –examen complementario– tampoco se les dio intervención a las personas que aparecían sospechadas, [ni] al defensor oficial. Tampoco la razón de urgencia. Por lo tanto, y siendo un acto consecuente de la necropsia, es decir, es un estudio complementario, entiendo que, por las mismas razones, corresponde que se declare la nulidad del mismo. En consecuencia, por las razones expresadas, arts., 7, 131, 321, 197, 198, 203 correlativos y concordantes del Código Procesal Penal [...] así resuelvo [...]» (ver registros audiovisuales, audiencia 25/03/19, a partir de 1:00:12).

2.- El recurso de casación

El recurrente señala que la impugnación deducida es formalmente admisible, toda vez que la resolución que se cuestiona –auto que resuelve un incidente de apelación– es equiparable a sentencia definitiva porque genera un perjuicio irremediable de imposible o insuficiente reparación ulterior. Ello, por cuanto considera que mediante ese pronunciamiento, se pone fin a la acción penal al eliminar prueba de cargo que resulta imprescindible para formular acusación.

Expresa que, además, la resolución impugnada vulnera garantías constitucionales, tales como la “verdad real” y la “paridad de armas”, los que resultan sustento legal en los sistemas de enjuiciamiento penal de tipo adversarial. También el “principio de proporcionalidad”, que responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones.

A esto agrega la inobservancia de las convenciones internacionales de jerarquía constitucional, específicamente en orden al deber que tiene el Estado de garantizar la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 5 de la ley N° 26.061), dado que en la presente causa se investiga, como hecho ilícito, la mala praxis que determinó la muerte de una niña.

En orden a los motivos de casación, funda su pretensión recursiva en la existencia de vicios in procedendo y de vicios in iudicando.

En primer lugar, respecto de la decisión del tribunal de la instancia anterior de rechazar el recurso de apelación incoado por el recurrente y, en consecuencia, confirmar la nulidad de la necropsia practicada en el cuerpo de la víctima, cuestiona que se omitió observar que el hecho objeto del proceso motivó el inicio de dos investigaciones separadas, las que estuvieron a cargo, por un lado, de la Fiscal en turno de la UFI departamental de San Rafael, y por otro lado, por el Fiscal de la UFI departamental de Malargüe. Señala como evidente que, en los primeros momentos de la investigación, ninguno de esos agentes fiscales pudieron conocer acerca de la investigación iniciada por el otro, lo que sí ocurriría con posterioridad, y que motivaría la fusión de ambas investigaciones –por aplicación del principio de non bis in idem– en cabeza del Fiscal de Malargüe, toda vez que lo que se investigaba era la relación de causalidad propia de un delito culposos.

De este modo, considera que es erróneo el razonamiento del juez a quo cuando, luego de confrontar el horario de la necropsia, que fuera ordenada por la Fiscal de San Rafael, y realizada en dicha localidad, con el momento en que se recibieron las primeras declaraciones en Malargüe concluyó en que, para cuando se practicó esa pericia, ya existían sujetos sospechosos que resultan amparados por el art. 7 del CPP, que debían ser previamente notificados a la realización de ese acto. Inversamente a ello, refiere el recurrente que la necropsia fue ordenada por la representante fiscal al tomar conocimiento sólo que una niña había muerto sin signos evidentes de violencia, mientras era trasladada en ambulancia.

Por lo que mal podría haber ubicado y notificado a sospechosos de cuya existencia desconocía, ya que las declaraciones a las que refirió el juez de alzada fueron recibidas no sólo a más de doscientos kilómetros de donde se ordenó –y realizó– la necropsia sino, además, por otro agente instructor.

A lo que agrega que esas declaraciones no se efectuaron en el marco de una declaración informativa, sino testimonial, ya que se transitaban los albores de la investigación, por lo que tampoco había imputación formal. Por su parte, señala que el juez de alzada también se equivoca cuando sostiene que si el fiscal que dispuso la realización de la necropsia consideraba que se encontraba ante un acto urgente por riesgo de pérdida de material probatorio en la demora, así debió explicitarlo para control de la defensa.

En tal sentido, considera que ese argumento resulta de una errónea interpretación y aplicación de las normas procesales aplicables a los casos de notificación de la realización de actos definitivos e irreproducible, de acuerdo a la norma citada –art. 321 del CPP–.

Refiere que esa norma no establece en qué momento deben explicarse las razones de urgencia que motivaron la medida inaudita parte, por lo que entiende que, razonar como lo hizo el juez que rechazó el recurso de apelación incoado, implica crear una causal de preclusión no prevista en la norma procesal.

Al respecto, sostiene que una vez que la defensa de los imputados advirtió que se había realizado un acto definitivo e irreproducible sin notificar a la defensa oficial, y se agravió de ello planteando la nulidad de la medida, se le suministró una explicación de ello.

Así, primero ante el Juzgado Penal Colegiado de Malargüe y, luego, ante el juez de alzada, se expresó fundamentadamente que de no procederse así, se perdería material probatorio por la demora, dado que es un hecho público y notorio la degradación por descomposición del cuerpo humano por el transcurso del tiempo; efecto que no se detiene ni siquiera con la refrigeración.

Si bien la única forma científica conocida para detener dicho fenómeno era la congelación del cuerpo, aún con ella no se logra evitar la pérdida de material probatorio, dada la destrucción celular que provoca ese proceso. Agrega que debe percatarse que se trata de una pericia que de por sí debe efectuarse con carácter de urgente, porque el cuerpo de la víctima entra a descomponerse.

Por lo tanto, más allá del criterio del juez, e incluso que ni siquiera la norma procesal lo solicita, entiende que las razones de la urgencia en la realización de la necropsia aparecen implícitas, por la naturaleza de la medida. Pero además, y en el mismo sentido, refiere que tampoco este argumento –pérdida de material probatorio por la demora– resulta refutado por la defensa ni por los dos magistrados intervinientes, quienes se limitaron a justificar la nulidad por la violación al derecho de defensa de los imputados, derivado de la falta de notificación del hecho investigado, de las pruebas en su contra y de la posibilidad de proponer un perito de control. Con lo cual, tampoco surge de la resolución en crisis cuál es el interés de la defensa que justificaría la necesidad del control de esa medida probatoria, lo que transforma la sanción procesal aplicada en una nulidad por la nulidad misma, meramente formal y sin justificativo material alguno.

Por último, tras efectuar una serie de especulaciones en cuanto a la oportunidad en que, de acuerdo a las constancias de la causa, y al criterio sostenido por el juez para declarar su nulidad, debía válidamente realizarse la necropsia, considera que su razonamiento jurisdiccional resulta absurdo.

En segundo lugar, cuestiona la resolución del a quo en cuanto hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, declara la nulidad del examen histopatológico agregado a fs. 244, al que juzga como un acto consecuente y complementario de la necropsia anulada.

Al respecto, estima el casacionista que este examen no resulta ser una prueba única e irreproducible y que, además, declarar la nulidad de ese estudio priva a la causa de material probatorio útil y pertinente.

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se anule la resolución impugnada, a los términos del art. 203 del CPP. Cita jurisprudencia en respaldo de su pretensión.

3.- La contestación de la defensa de los coimputados Leonor Yolanda Livadioti Ryba y Pedro Martín Seput Yactayo

El letrado defensor, en oportunidad de cumplir con el emplazamiento efectuado, solicita el rechazo del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 656/665 vta.).

En cuanto a los vicios sustanciales alegados por el recurrente, solicita que éstos sean rechazados por este Tribunal por cuanto no han sido desarrollados por esa parte en su escrito recursivo.

Respecto de los agravios formales, expresa que tampoco pueden recibir acogida favorable en esta instancia ya que, a su criterio, el auto impugnado se encuentra debidamente fundado, con apoyo suficiente en las constancias del expediente.

Además, goza de apego a la normativa procesal aplicable, como así también a las normas constitucionales y convencionales.

Por un lado, y en línea con los argumentos dados por el juez interviniente, afirma que las garantías del imputado –entre ellas, la facultad de contralor probatorio–, no precisan que exista previa imputación formal o declaración informativa (arts. 271 y 318 del CPP respectivamente).

De este modo, comparte que para ello, basta con la indicación o sospecha de la “posible” participación de una persona en un hecho punible, la que puede surgir de cualquier actuación judicial o policial. Por lo tanto, el argumento del casacionista cuando alega que no se precisaba notificación porque no existía imputación, debe ser descartado.

Sostiene que no resulta acertado interpretar, como lo hace el recurrente, que la agente fiscal que ordenó la realización de la necropsia no conocía sobre el señalamiento de sus representados como personas sospechosas.

Desconocimiento derivado de que, según la cronología de los hechos y las medidas adoptadas durante los primeros momentos de la investigación –particularmente las declaraciones testimoniales y el secuestro ordenado y efectuado en el hospital de Malargüe–, se trató de dos investigaciones coordinadas por dos fiscales en dos ámbitos espaciales distintos.

Al respecto, la defensa controvierte este argumento al señalar que ambos agentes fiscales investigaron simultáneamente el fallecimiento de la víctima; actuación conjunta revelada a través de las constancias de la causa, desde donde se acredita una comunicación fluida y constante, que les permitió conocer íntegramente de lo actuado en ambas localidades.

Por lo tanto, ello demostraría que la fiscal que ordenó la necropsia no sólo sabía que en Malargüe se practicaban actos de investigación sino que, además, conocía que existían personas sospechadas.

De este modo, considera que quedó demostrado que, al momento de la realización de la necropsia, ya existían personas “sospechadas” en los términos del art. 7 del CPP, por lo que correspondía darles

intervención en la investigación con el fin de que controlaran su realización, máxime por tratarse de actos definitivos e irreproducible, de acuerdo a lo previsto en los arts. 320 y 321 del CPP.

Pero además de ello, refiere que aún cuando efectivamente se hubieran desconocido aquellas circunstancias, esa falta de conocimiento no puede recaer perjudicialmente sobre los imputados.

Ello en tanto, dada la naturaleza de la necropsia, la agente fiscal debió adoptar todos los recaudos necesarios para asegurar las garantías constitucionales de aquellas personas que eventualmente pudieran ser sometidas a proceso, para lo cual existen los mecanismos procesales correspondientes.

En el caso, debió notificarse al defensor oficial en turno a efectos de asegurar el contradictorio, actuación que no se realizó. Por otro lado, acerca al agravio referido a la posibilidad de disponer –y realizar– actos definitivos e irreproducible sin notificar previamente a los defensores, en los casos de suma urgencia, debe dejarse expresa constancia de los motivos de la suma urgencia, bajo pena de nulidad (art. 321 del CPP).

Al respecto, critica que el recurrente le haya asignado a la realización de la necropsia el carácter de urgente sin haber aportado un solo elemento conviccional que así lo demuestre y que, ni siquiera, dejó constancia expresa de los motivos que habiliten a practicarla inaudita parte.

Por lo que, por dichas omisiones, el acto resulta nulo. Agrega que ese déficit de fundamentación no puede ser suplido a instancia de parte interesada.

Es decir, sostiene que el deber del órgano requirente es dejar constancia de los motivos de la urgencia al momento de disponerse la realización del acto, y no cuando la defensa lo solicita.

Esto se justifica en el grave peligro que ello implica para los imputados, quienes se verán impedidos definitivamente de ejercer su derecho de control sobre dicho medio probatorio, el cual ingresará excepcionalmente al proceso sólo por la circunstancia extraordinaria de la suma urgencia. De otro modo, se crearía una nueva categoría de garantías constitucionales que sólo funcionan “a pedido”, es decir, no operan por sí solas, sino a requerimiento del interesado.

En otro orden de cuestiones, en cuanto al argumento de la falta de interés que justifique la necesidad del debido control de la necropsia, y que transformaría la sanción procesal aplicada en una nulidad por la nulidad misma, se remite a las explicaciones dadas por el juez a quo, de las que resalta su claridad y la falta de crítica puntual a ellas. Subraya que la lesión resulta de haberseles impedido a los imputados ejercer su derecho de control probatorio a través de la posibilidad de participar en la ejecución del acto mediante la designación de un perito de control.

Señala que la ley le otorga al imputado el derecho a la producción de pruebas, más cuando se trata de actos definitivos e irreproducible, pero que en ningún momento establece como requisito que la defensa explicite las razones por las que quiere ejercer ese derecho de control, ya que las mismas se derivan del sentido común y de la propia finalidad de la garantía de control.

Adicionalmente, señala que alguna de las afirmaciones realizadas por el recurrente reviste gravedad institucional, dado que son realizadas por el órgano estatal encargado de la persecución penal.

En esa línea, expresa que la aseveración del impugnante acerca de que debe primar la verdad real por sobre las garantías del imputado, resulta una falacia argumental, ya que la única manera de arribar a la verdad real es respetando las garantías del imputado, lo que determina, entre otros, prohibir el ingreso de prueba obtenida en violación de la ley.

Del mismo modo, cuestiona que se apele al interés superior del niño para justificar la violación de garantías constitucionales, pues considera que si la víctima hubiese sido un mayor de edad, otra habría

sido la postura adoptada por la fiscalía, lo que implicaría una vulneración al principio constitucional de igualdad (art. 16 de la CN).

Afirma que todos los derechos y garantías de la víctima han sido respetados en el proceso, destacando que existen querellantes legalmente constituidos, quienes no recurrieron el auto dictado por el Tribunal Penal Colegiado. Por último, en cuanto al agravio referido a la declaración de nulidad del examen histopatológico de fs. 244, dice que los argumentos del recurrente no son atendibles.

Al respecto, se remite a los fundamentos dados en forma oral por el juez interviniente, quien descarta la urgencia en la realización de esa medida luego de analizar la fecha de su producción (4 de octubre de 2017).

A su vez, también comparte con el juez a quo que se trata de un acto consecutivo de la necropsia (arts. 203 y 207 del CPP), como presupuesto material para su realización; aspecto que tampoco fue objeto de crítica. Por todo ello, solicita se rechace el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, se mantenga en toda y cada una de sus partes la resolución impugnada. Formula reserva del caso federal.

4.- El dictamen del Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el fiscal a cargo de la Segunda Fiscalía de la Unidad Fiscal Departamental de San Rafael y se remite a los argumentos vertidos oportunamente por él.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio interpuesto por el fiscal a cargo de la Segunda Fiscalía de la Unidad Fiscal Departamental de San Rafael y, en consecuencia, anular la resolución impugnada.

En función de la solución que propicio, en primer lugar, me expediré en orden a la procedencia formal de la impugnación sometida a consideración de esta instancia; y, luego, en relación a los cuestionamientos que tienen que ver con la validez de la resolución atacada como acto jurisdiccional válido.

a) Sobre la admisibilidad formal de los recursos interpuestos

Tal como anticipé, y considerando pertinente expedirme acerca de la cuestión, corresponde analizar de forma preliminar si el recurso de casación intentado resulta formalmente admisible. Esto en tanto, de ser ello afirmativo, se encontrará habilitado el tratamiento en su aspecto sustancial.

i.- Aspectos vinculados a la impugnabilidad objetiva de la resolución recurrida A los fines de analizar la procedencia formal del recurso de casación deducido resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento es recurrible objetivamente.

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

Es decir que, en principio, aquella resolución no superaría el control de impugnabilidad objetiva. No obstante, entiendo que la entidad y características de los hechos denunciados, como también la trascendencia que tiene en el proceso la decisión recurrida, subsumen la cuestión dentro de la categoría

denominada por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como casos excepcionales de resoluciones equiparables a sentencias definitivas por provocar un agravio de «imposible o insuficiente reparación ulterior».

En efecto, el Alto Tribunal ha dicho reiteradamente que «si bien las decisiones en las que se admiten o deniegan nulidades procesales no constituyen –como regla general– sentencia definitiva a los fines de la apelación extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio si con lo resuelto se ocasiona un agravio que, por su magnitud y de acuerdo con las circunstancias del hecho, podrían resultar de imposible reparación ulterior» (Fallos 306:1123; 306:1621; 320:1038; 338:1248, entre otros).

De tal manera, estimo que en el caso sometido a estudio se verifican esas circunstancias de excepción mencionadas precedentemente, en función de la conjunción de varios factores. El primero de ellos se vincula con la gravedad de los hechos investigados.

En efecto, tal como surge de las constancias de la causa, los acontecimientos materia de investigación están dados por el fallecimiento de una menor de edad ocurrido mientras era trasladada a bordo de una ambulancia desde el hospital ubicado en el departamento de Malargüe hacia el nosocomio de la ciudad de San Rafael; traslado que se ordenó luego que el médico de guardia le diagnosticara un cuadro de neumonía.

Afección que luego, durante el trayecto, se agravó y provocó el desenlace fatal momentos previos al arribo al lugar de destino.

El segundo de esos factores viene determinado por la trascendental importancia que, para la investigación de este ámbito de sucesos, ostenta la validez o no de la necropsia médico-legal. En efecto, en aquellos casos en que su realización resulta de interés judicial, como se verifica en el sub iudice, no cabe desconocer que esta práctica pericial permite saber no solo las causas de la muerte, sino también las circunstancias en la cual se produjo.

Ello provoca que, dada la especificidad y el rigor técnico-científico que impregnan la metodología de abordaje que suponen la realización de las operaciones periciales en que se desarrolla la necropsia, el dictamen del médico interviniente, especialmente en cuanto a sus conclusiones, no puede ser sustituido por ningún otro medio de prueba.

En otras palabras, la necropsia tiene una autonomía bien clara y delineada con respecto a cualquier otra prueba, diferenciadora de todas ellas, y que la erigen como un específico medio de prueba en cuanto a su naturaleza jurídica.

El tercero de esos factores que me conduce a sostener que en el presente caso se configura un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior en el desarrollo del proceso es que, mediante la resolución impugnada, se desvanece –materialmente– la posibilidad de investigación de los hechos y, por ende, del ejercicio de la acción penal pública. Consecuencias que, en su conjunto, dificultan la realización de los fines del procedimiento penal.

En ese sentido, la interpretación que el a quo realizó de las normas que regulan la realización de la necropsia, y que concluyó en la confirmación de la nulidad absoluta de esa práctica pericial, además de diversas actuaciones procesales posteriores, tiene serias implicancias en el caso de análisis.

Así, en las especiales y particulares circunstancias del caso concreto, ese efecto nocivo sobre la investigación, se agrava en cuanto no cabe su saneamiento posterior.

Ello no sólo por el tipo de sanción aplicada –nulidad absoluta– sino, además, porque declarada la nulidad de la necropsia, con los efectos anteriormente señalados, tampoco resulta posible suplir la información en ella contenida –ni siquiera– mediante la posterior declaración oral del perito actuante en el marco del

debate. Lo que evidencia y determina un efecto nocivo sobre todo el sistema procesal y su funcionamiento, por cuanto compromete la administración de justicia en el caso concreto al afectar la forma de aplicación de la ley procesal penal (Fallo. 319:1840), impactando especialmente sobre el ejercicio de la acción penal que, como parte requirente, el representante del Ministerio Público Fiscal intenta promover para llevar el caso a juicio.

A lo que cabe mencionar que, en autos, ese efecto sobre la investigación penal, no sólo repercute en la actuación del acusador público –hoy casacionista– sino que, además, se propaga al querellante particular (ver fs. 296/299 y fs. 304) quien, dentro del su rol en la marcha del proceso, y con las limitaciones que como parte le determina la legislación procesal, al no poder acudir –ni intervenir– al proceso penal iniciado como instrumento para esclarecer la verdad –aún formal– de lo acontecido. Estimo que los factores precedentemente analizados revelan los motivos centrales que justifican la admisibilidad formal de la vía recursiva intentada.

Pues evidentemente nos encontramos ante un caso en el que también aparece seriamente comprometido el deber del Estado con relación a los compromisos asumidos cuando la víctima de autos es un menor de edad. Me estoy refiriendo a los postulados que surgen, en general, de la ley N° 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, en general y, en particular, de la ley N° 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en particular.

En este ámbito normativo, el sistema de protección normativa que dispensa el sistema jurídico visto en su integridad para este sector vulnerable de la población, encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño su principal exponente. El mencionado instrumento, en tanto primera ley internacional sobre los derechos de los sujetos menores de dieciocho años de edad, que goza de raigambre constitucional al estar enumerado en el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, consagra en su preámbulo –entre otros– «la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño», así como también, que «como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"». A partir de tales postulados, los Estados parte, entre ellos la República Argentina, se comprometen a que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1).

Asimismo, a «asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas» (art. 3.2), por lo que resulta una obligación de los aquellos de adoptar todas las medidas «administrativas, legislativas y de otra índole» que resulten necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la referida Convención (art. 4).

Por su parte, la ley nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes - N° 26.061- establece que «La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigible» (art. 2).

En ese orden, refiere que «A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia [...]. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros» (art. 3).

Puntualiza que «[...] Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes», y establece que la "prioridad absoluta implica" –entre otras cuestiones– la "prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas» (art. 5 inc. 2).

En función de ello, y en cuanto aquí más interesa, describe que «Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte» (art. 27).

En línea con la normativa señalada, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha dicho sobre el particular que «La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión

ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño» (Fallos 328:2870) (en el mismo sentido: Fallos 321:589; 318: 1269, entre otros).

Entiendo que, en el sub lite, resultan enteramente aplicables las consideraciones brevemente señaladas en los párrafos precedentes, pues el respeto y la estimación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando resultan víctimas de hechos delictivos, tales como los que dieran origen a las presentes actuaciones, revelan y justifican adecuadamente la imperiosa necesidad de ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, permitiendo la viabilidad de una impugnación promovida contra una resolución que, conforme la legislación de rito, no integra el electo de resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación.

Pues ello configura un tipo de medida judicial que estimo efectiva para no sólo reconocer y dispensar una protección judicial al interés superior del niño, niña o adolescente, desde que sus derechos en cuanto tales aparecen vulnerados a través de los hechos objeto del presente proceso.

En definitiva, la entidad de la decisión adoptada por el tribunal a quo que confirmó la nulidad absoluta de la necropsia practicada sobre el cadáver de la menor víctima, así como del examen realizado por el médico forense que rola agregado a fs. 244, de dos de las tres actas de imputación formal (las de fs. 309 y vta., y de fs. 315 y vta.), y, también, del examen histopatológico de fs. 244, configura materialmente un pronunciamiento que, en las particulares y excepcionales circunstancias del presente caso, provoca al recurrente un perjuicio de imposible o insuficiente reparación.

De allí que se estima conveniente equiparar, de modo excepcional, el resolutive impugnado a sentencia definitiva a los efectos casatorios. b) Análisis de la validez de la resolución atacada como acto jurisdiccional válido. En forma preliminar y no obstante los cuestionamientos casatorios referidos a la valoración probatoria efectuada por el a quo, corresponde determinar si la fundamentación de la resolución impugnada se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales; puesto que, de verificarse alguna falencia, conduciría a la anulación del decisorio en crisis –a tenor de lo normado por los arts. 155– y, por su equiparación –art. 416 inc. 4, ambos del CPP.–, y resultaría infructuoso expedirse en relación a los planteos casatorios. Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En efecto, conforme se desprende de las constancias de audio y video mediante las que consta el soporte digital de la audiencia de apelación celebrada, el magistrado de la instancia anterior, mediante una prolija y ordenada exposición oral, pretende, pero no logra –a mi juicio– explicar adecuadamente aquellos extremos jurídicos que precisan ser demostrados a los fines de anular actuaciones procesales.

De manera preliminar, cabe mencionar que no puede perderse de vista que el análisis jurisdiccional –en este caso, de revisión– que debe llevarse a cabo cuando se resuelve si corresponde o no declarar una nulidad procesal, siempre debe realizarse a través de una interpretación restrictiva, en tanto éste es el

criterio dominante como lógica derivación del sistema legalista de las nulidades (arts. 197 ss. y cc. del CPP).

Es que, según entiendo, siendo la nulidad el reconocimiento jurisdiccional de la invalidez de los efectos de un acto procesal, reviste las características de una verdadera sanción, la más grave e importante estructurada en la legislación procesal penal.

Dada esa trascendencia, toda la preceptiva legal sobre la nulidad de los actos procesales, debe ser interpretada con carácter restrictivo, conforme el criterio unánime imperante en la doctrina y jurisprudencia.

En igual entendimiento, con la finalidad de que el remedio de nulidad no sea utilizado en el solo interés de la ley, unánimemente se exige, normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente hablando, a efectos de su viabilidad, la concurrencia de un legítimo interés jurídico, práctico y concreto a favor de quién lo intenta.

Al respecto, cabe recordar que es doctrina reiterada de nuestro Cívero Tribunal que, en materia de nulidades procesales, ha de primar un criterio restrictivo de interpretación, es decir, que «sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal.

Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público» (CSJN, Fallos 325:1404, considerando 7°, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

A lo que cabe agregar que «[l]a idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos» (Fallos: 315:677).

De acuerdo a esa interpretación, y tal como lo adelantara, advierto un déficit de fundamentación en la resolución impugnada con la entidad requerida para su descalificación como acto jurisdiccional válido. Veamos. Luego de analizar la normativa procesal aplicable al caso –desarrollo sobre el que no me explayaré en el presente–, y los avatares de actuaciones procesales desarrolladas durante la investigación penal preparatoria, el juez a quo confirmó –entre otros actos procesales– la nulidad absoluta de la necropsia practicada y, además, declaró la nulidad absoluta del examen histopatológico realizado. En cuanto a la necropsia, los argumentos para justificar su decisión y, por ende, confirmar la sanción aplicada por el Juzgado Penal Colegiado del departamento de Malargüe (ver resolución de fs. 371 y vta.), pueden ser agrupados del siguiente modo: (a) la falta de notificación a la defensa de forma antes de practicarse la necropsia, siendo que al momento su realización, ya existían personas sospechadas de haber cometido un hecho presuntamente delictivo (conf. arts. 7 y 256 del CPP); y, (b) aún cuando hubieran existido razones de urgencia para materializar esa medida, tampoco se dejó constancia expresa de ello (conf. art. 320 y 321 del CPP). De este modo, consideró en que la necropsia realizada bajo estas omisiones, resultaba lesiva

del derecho de defensa de los sujetos sospechados de criminalidad, al haberles impedido no sólo designar un abogado sino, además, tener la posibilidad de proponer un perito de control.

A lo que agregó que ese incumplimiento también imposibilitó que los interesados puedan siquiera conocer, y muchos menos controvertir, los supuestos motivos de urgencia que, en el caso, autorizaban a realizar ese acto definitivo e irreproducible inaudita parte. A su vez, en cuanto a la decisión de ampliar la sanción de nulidad, abarcando también el examen histopatológico que rola agregado a fs. 244, según fuera solicitado por la defensa de los coimputados –Seput y Livadioti– en su escrito de apelación (fs. 372 y vta.) contra el resolutive mencionado precedentemente, (fs. 371 y vta.), sostuvo que: (a) se realizó con las mismas omisiones que afectaron la necropsia; y, (b) además, que se trataba de un estudio complementario y consecuente de ella. En base a todo ello concluyó que se lesionó el derecho de defensa de los acusados, al haberse omitido dar cumplimiento a las exigencias previstas en la ley procesal en la realización de actos definitivos e irreproducible.

Circunstancia que, a su criterio, permitía descartar que lo resuelto pueda ser interpretado como un caso de nulidad por la nulidad misma, al entender demostrado el interés en las anulaciones decididas (ver registro audiovisual, audiencia 25/03/19, 01:16:01/01:17:23). Ahora bien, de acuerdo a los lineamientos señalados precedentemente, estimo que le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal cuando refiere que el auto atacado resulta nulo al presentar un déficit de fundamentación. Ello en cuanto, de acuerdo a los argumentos que serán dados a continuación, el juez a quo no demostró puntualmente cuál es interés jurídico que justificó la sanción procesal dispuesta sobre las actuaciones judiciales en pugna (art. 200 del CPP.). Dicho en otros términos, y más allá de los argumentos de fondo, considero que el tribunal de instancia anterior no explica adecuadamente en qué consistió el perjuicio real y efectivo ocasionado a los sujetos sometidos a proceso la falta de notificación a la defensoría oficial en forma previa a la realización de la necropsia y del examen histopatológico realizados a la víctima de autos en los albores de la investigación; ni tampoco que, dado ello, se justifique la anulación aquí impugnada.

Según estimo, no resulta debidamente fundado de qué modo los actos procesales declarados irregulares por el juez inferior han lesionado una regla constitucional consagrada a favor de la persona sometida a proceso, ni tampoco, que esos actos procesales hayan causado efectivamente una situación jurídica lesiva comparando con la situación jurídica existente antes del acto procesal en cuestión (perjuicio). Recordemos que en el contexto que rodeó los hechos objeto del proceso, al momento de practicarse aquellas labores científicas por funcionarios públicos en el marco de una investigación en curso, las identidades de los sujetos que posteriormente serían penalmente imputados, formaron parte de una declaración prestada por un testigo en el marco de una pesquisa que estuvo a cargo de un agente fiscal distinto a quien ordenó su realización, quien actuó funcionalmente a más de doscientos kilómetros de distancia de donde se llevaron a cabo las mismas.

Advierto que el juez debió, por la trascendencia de la resolución adoptada, cuanto menos identificar concretamente, cuál es la labor defensiva vulnerada de aquellos sujetos que luego, a más de un año de realizada la necropsia, resultaron formalmente imputados. A mi juicio, la genérica y abstracta alegación que realiza el letrado defensor al mencionar que, por esa omisión, los sospechados no pudieron nombrar un abogado defensor y designar un perito de control –las que fueron receptadas por el juez a quo–, no supe el deber de fundamentación que, en lo particular, requiere el dictado de este tipo de sanción procesal, conforme a las particulares circunstancias del caso.

Que tal acto procesal provoque a la persona sometida a proceso penal una situación jurídica lesiva, comparando con la situación jurídica existente antes del acto procesal en cuestión (perjuicio). En ese

entendimiento, no debe confundirse el respeto a los recaudos que tienden a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal podría causar la nulidad del acto, implicaría convertir a los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía, en una garantía en sí misma, en desmedro del carácter meramente instrumental que tales medios revisten.

Es preciso que es criterio sostenido por esta Sala que no es admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes, lo que persigue un doble interés: por un lado, evitar el establecimiento de nulidades puramente formales; y, por otro, admitir solamente las que resulten idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese interés.

El interés debe consistir en un fin práctico, real y positivo, no pudiendo ser declarada la nulidad en el solo beneficio de la ley puesto que, declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes (L.S. 147-166, 307-184, y más recientemente, “**Lorente**”, “**Cabañez**”, entre muchos otros)

Por lo tanto, en los términos expuestos, estimo que el recurso extraordinario resulta procedente pues asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto aduce que la resolución impugnada carece del fundamento suficiente que esta Sala exige como condición de validez de las decisiones judiciales (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros); ya que no se ha precisado en manera alguna cuál sería el agravio que la supuesta irregularidad habría ocasionado a los imputados, ni cuál habría sido el derecho o garantía que se habría visto impedido de ejercer, todo lo cual impone la descalificación del resolutivo en crisis como acto jurisdiccional válido.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular el auto N° 201 de fs. 392/393 y sus fundamentos que obran en soporte audiovisual dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial –en función de apelaciones– en el marco de estos autos N° P-147.994/17.

En consecuencia, deben remitirse las presentes actuaciones a la OGAP en turno de la Segunda Circunscripción Judicial a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá realizar una nueva audiencia para que se sustancien los recursos de apelación incoados (ver fs. 372 y vta. y fs. 380 y vta.), y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (Art. 468 y cc. del CPP.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Anular el auto N° 201 de fs. 392/393 y sus fundamentos que obran en soporte audiovisual dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial –en función de apelaciones– en el marco de estos autos N° P-147.994/17.

3.- Remitir las actuaciones a la OGAP en turno de la Segunda Circunscripción Judicial a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá realizar una nueva audiencia para que se sustancien los recursos de apelación incoados (ver fs. 372 y vta. y fs. 380 y vta.), y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (Art. 468 y cc. del CPP.).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 03 de septiembre de 2021.-

19- FRANCO RODRIGUEZ. 14-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=563>

Lex: Art. 79 en función con el art. 41 bis, 84, 40 y 41 del CP.; arts. 474 inc. 1° y 2° del CPP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Dolo eventual. Homicidio culposo. Valoración probatoria. Individualización de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión e inhabilitación absoluta** durante el mismo tiempo por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Refiere la defensa en su teoría del caso que el delito debe ser encuadrado en el delito de homicidio culposo. Se agravió la defensa de que el MPF al pronunciar sus alegatos no realizó ninguna consideración ni especificación del dolo homicida, y que el juez de sentencia incorporó en sus fundamentos que estábamos en presencia de un dolo eventual.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1457, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS 473-163, 09-12-14: <https://jusbmendoza.gov.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>
- LS 464-080, 19-03-14: <https://jusbmendoza.gov.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>

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

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-05498108-7/1((018601-30873)) F. C/ FRANCO RODRIGUEZ JUAN GABRIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (ART. 79 EN FUNCIÓN DEL ART. 141 BIS C.P.) (30873/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105676766*

En Mendoza, a los catorce días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05498108-7/1, caratulada “F. / FRANCO RODRIGUEZ, JUAN GABRIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado Juan Gabriel Franco Rodríguez interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.457 y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de quince años de prisión e inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-30.873/19 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 10 de mayo de 2019, siendo las 21:30 hs. aproximadamente, en las inmediaciones del domicilio sito en Barrio Unidos por una esperanza, manzana c, casa d, Rodeo del Medio, Maipú, Juan Gabriel Franco Rodríguez portando un arma de fuego y encontrándose a corta distancia de Cristian Gutiérrez, le efectuó un disparo ocasionándole una herida que le causó la muerte».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Eduardo Tobares, Jesús Gutiérrez, Claudio Jaime, Sergio Jaime, Marcelo Godoy, Soledad Godoy, el informe de Policía científica obrante a fs.152/158 y los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs.1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo. En el aspecto formal sostiene que la resolución cuestionada adolece de falta o insuficiente motivación, además de no haberse observado las reglas de la sana crítica racional con relación a los elementos probatorios de valor decisivo, razón por la cual impetra su descalificación legal conforme lo determina el art. 486 del CPP.

De este modo, y conforme la hipótesis fáctica que sostiene, entiende que el hecho objeto del proceso tuvo lugar, previo algunos incidentes que fueron provocados por los sujetos que acompañaban a la víctima en tal oportunidad y en circunstancias discutibles, ante un forcejeo de arma de fuego entre el acusado y Sergio Jaime, alias el «Chanchi», a consecuencia de lo cual se disparó el arma de manera **accidental** e hirió mortalmente a Cristian Antonio Gutiérrez.

Sostiene que todos aquellos testigos que presenciaron el hecho y prestaron declaración durante la investigación penal preparatoria, a sólo dos horas de que aconteciera el hecho, con algunas variantes en sus respectivas exposiciones determinaron dudas con respecto al desenlace final del hecho ocurrido.

Señala que con posterioridad aparecieron testimonios de quienes estaban acompañando a su defendido al momento de los acontecimientos, quienes evidentemente trataron con su testimonio poner algunas distancias de lo realmente ocurrido.

Asegura que estos testigos confirmaron esa nueva posición en el debate oral para desvincular por completo a Sergio Jaime, alias el «Chanchi», quien forcejeó con el acusado con el arma de fuego, lo que provocó la salida del disparo que ocasionó la muerte de la víctima.

Asegura que el testigo Eduardo Tobares al momento de prestar declaración testimonial en la etapa de la investigación, coincidió con la versión de los hechos brindada por su asistido.

Aclara que, si bien este testigo cambió por completo la versión de los hechos al declarar en audiencia de debate, ello se debió a las amenazas recibidas por parte de Sergio Jaime. Señala que esta circunstancia quedó acreditada ya que cuando el tribunal lo puso en conocimiento que lo iban a detener por falso testimonio, admitió el hecho descrito por su asistido.

Cuestiona también el testimonio prestado por Jesús Gutiérrez –hermano de la víctima–, quien sostuvo en audiencia de debate que ellos estaban a unos cincuenta metros del lugar donde se produjo este forcejeo, y sostuvo que el acusado le sacó el arma de fuego al «Chanchi» al momento que se disparó.

Sin embargo, señala que el testigo sostuvo momentos antes de su exposición que el acusado y el «Chanchi» salieron de la casa de éste momentos previos a que esto ocurriera.

Señala que tanto Sergio Jaime, su esposa (Soledad Godoy) y su cuñado, Marcelo Godoy, alias «el Pajarito» declararon que cuando se produjo el disparo, Jaime estaba dentro de su domicilio, lo que claramente sostuvieron para permanecer totalmente ajenos al episodio del forcejeo y el disparo de arma de fuego.

Asegura que conforme a cómo acontecieron los hechos, su defendido no tuvo la intención deliberada de provocar la muerte de Cristian Gutiérrez.

Sostiene que ello también surge del testimonio prestado por Jesús Gutiérrez –hermano de la víctima– y Eduardo Tobares, no obstante la posterior modificación de sus relatos por las amenazas recibidas por parte de Jaime. Agrega que el testigo Gutiérrez en audiencia de debate aseguró que el proyectil que mató a su hermano pegó primero en la pared y rebotó impactando recién en ese momento en el cuerpo de la víctima.

Asegura que tales extremos se encuentran acreditados tanto por los testimonios originales de los presentes en el lugar de los hechos como de la indagatoria de su defendido y el informe técnico de la Policía Científica obrante a fs. 152/158.

Considera que el representante del Ministerio Público Fiscal al pronunciar sus alegatos no realizó ninguna consideración ni especificación del dolo homicida, y que el juez de sentencia incorporó en sus fundamentos que estábamos en presencia de un **dolo eventual**, cuando nadie le pregunto a su defendido si se le representó la posibilidad de que ocurriera un homicidio cuando forcejeaba con el «Chanchi» para proveerse el arma, que fue la que se habría disparado ocasionando la muerte de la víctima.

Cuestiona también que el juez de la instancia previa sostuvo que el acusado obró por venganza porque le habrían robado dinero y por eso habría realizado el disparo dirigido al grupo de personas, cuando nadie, ni los testigos, ni el acusado en su declaración afirmó esta circunstancia.

Con relación al vicio iuris, y por las razones expuestas precedentemente, el censurante sostiene que el juez de sentencia se equivocó en la subsunción de la plataforma fáctica en el delito de homicidio simple

agravado por el uso de arma de fuego y que, en su lugar, corresponde la aplicación del **art. 84 del CP**, ya que por la imprudencia o negligencia de quienes se disputaban el arma ésta se disparó y ocasionó la muerte de Cristian Gutiérrez.

Por otra parte, y en el formulario agregado a fs. 11/13 (conforme Acordada N° 29.051), agrega un cuestionamiento con relación a la pena impuesta por el sentenciante, la cual considera que es sustancialmente desproporcionada, aun manteniendo la calificación legal más gravosa.

En virtud de lo expuesto, solicita se revoque el fallo impugnado y se ordene la realización de un nuevo juicio o, en su defecto, se cambie la calificación legal por el delito de homicidio culposo, y se condene a su asistido al monto de pena que el tribunal considere prudente y proporcional, de acuerdo a las pautas moderadoras establecidas en los arts. 40 y 41 del CP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador.

En relación al cambio de calificación legal propiciada por la defensa, entiende que el juez de sentencia explicó acabadamente por qué en el presente caso no resultaba procedente la aplicación del tipo penal previsto en el art. 84 del CP.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación no resulta procedente. Veamos.

a.- Cuestionamientos sobre la valoración de la prueba

En forma preliminar, es preciso aclarar que la defensa no pone en crisis la autoría del acusado, sino que sólo dirige sus argumentos en obtener, a partir de una interpretación parcial –y menos gravosa– de los distintos elementos de juicio agregados al debate, una **modificación de la calificación legal** que lo beneficie.

Sin embargo, se advierte que el censurante en esa tarea no realiza un análisis crítico de cada uno de los argumentos desarrollados por el sentenciante para sostener la responsabilidad de Juan Gabriel Franco Rodríguez en los hechos que se le atribuyen.

De este modo, el recurrente cuestiona la **credibilidad de la versión de los hechos brindada en audiencia de debate por los testigos presenciales**, respecto de los cuales considera que el juez de la instancia previa le otorgó, en forma arbitraria, relevancia probatoria en desmedro de lo primigeniamente declarado por los testigos durante la investigación penal preparatoria.

En particular, señala los testimonios brindados por Eduardo Tobares y Jesús Gutiérrez (hermano de la víctima) quienes –a criterio de la defensa– dieron en sus primeras declaraciones sustento a la versión de los hechos brindada por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material.

Sostiene, en definitiva, que el motivo por el cual los testigos en audiencia de debate cambiaron la versión de los hechos, tuvo su razón en las amenazas que les habría proferido Sergio Jaime alias el «Chanchi» a fin de desvincularse de una posible responsabilidad, en tanto el acusado Franco Rodríguez –de acuerdo a la hipótesis que sostiene la defensa– habría forcejeado con el testigo, y a consecuencia de ello, se habría disparado de manera accidental el arma de fuego impactando sobre la persona de la víctima.

Entiendo que **los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar**, por cuanto el juez de sentencia dio suficientes razones respecto de la valoración de las distintas versiones y contradicciones de las testimoniales puestas en consideración por el censurante.

En primer orden, sostuvo el juez de sentencia que, tal como lo señaló el acusado al ejercer su defensa material «de lo declarado por los testigos hay partes que son verdad y partes que no lo son».

Explicó el sentenciante que tanto los testigos amigos del acusado, como los de la víctima, no dijeron toda la verdad o incurrieron en contradicciones en sus declaraciones en los primeros momentos de la investigación, porque **ambos bandos tomaron mutuamente represalias**.

En particular, el sentenciante señaló que **las contradicciones de los testigos** que fueron dilucidadas durante el debate tuvieron lugar como consecuencia de las amenazas proferidas por el acusado, que era la única persona que tenía interés en el resultado del proceso, lo que fue sostenido por los testigos en audiencia de debate (ver registro audiovisuales del día 25/11/21, primera parte, hora 2:19:40).

En segundo orden, si bien la defensa dirige sus críticas respecto de dos de los testigos presenciales, Eduardo Tobares y Jesús Gutiérrez, lo cierto es que los fundamentos de la responsabilidad del acusado brindados por el sentenciante tuvo sustento en una pormenorizada valoración de cada uno de los testigos que presenciaron el hecho –Carlos Gutiérrez, Sergio Jaime, Claudio Jaime, Soledad Godoy y Marcelo Godoy– los que fueron contestes a la hora de señalar al acusado Franco Rodríguez como la persona que efectuó un disparo de arma de fuego contra un grupo de sujetos –en donde estaba la víctima– que se encontraba a una corta distancia y ello provocó la muerte de Cristian Gutiérrez.

En particular, entiendo que no puede prosperar en esta instancia el agravio que cuestiona la declaración de Eduardo Tobares, respecto del cual la defensa interpreta que al declarar en audiencia de debate cambió su versión de los hechos por haber sido amenazado por Sergio Jaime, alias el «Chanchi».

Ello por cuanto, en primer lugar, las supuestas amenazas por parte del testigo Jaime no tienen asidero en las constancias de la causa. En este sentido, el sentenciante señaló que el testigo Jesús Gutiérrez aseguró que Eduardo Tobares no quería venir a declarar porque estaba amenazado por Sánchez y un hombre apodado «el Pajarito» (Marcelo Godoy), quienes pertenecían a la banda del acusado (ver, registro audiovisuales del día 25/11/21, primera parte, hora 1:43:34).

En segundo lugar, el juez de la instancia previa dio suficientes razones para otorgarle credibilidad al testimonio de Eduardo Tobares. De este modo, sostuvo que al señalarle el fiscal a éste las contradicciones con su declaración durante los primeros momentos de la investigación e impuesto sobre las previsiones del falso testimonio, describió los hechos en consonancia con los demás testigos.

Agregó el sentenciante que Tobares aclaró –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que recibió amenazas por parte del acusado para que no diga la verdad (ver, hora 2:21:39). Tampoco pueden ser de recibo los agravios vinculados a la valoración que realizó el sentenciante del testimonio prestado por Jesús Rodríguez, hermano de la víctima. Ello por cuanto el juez de la instancia anterior señaló que su relato fue conteste con los demás testigos presenciales en cuanto a las circunstancias modales del hecho.

Por otro lado, tampoco tiene asidero en las constancias de la causa el agravio según el cual el testigo habría manifestado que el proyectil que hirió de manera mortal a su hermano, pegó primero en una pared

y al rebotar siguió el recorrido hasta impactar en la persona de la víctima. En este sentido, el juez de la instancia anterior sostuvo que, ante la pregunta de la parte defensiva, Jesús Gutiérrez negó esa aseveración y aseguró que tal circunstancia correspondía a los dichos de los vecinos pero que a él no le constaba. Agregó el sentenciante que si tal extremo hubiese acontecido, el informe de criminalística habría dado cuenta del rastro del proyectil en la pared, extremo que no se desprende del referido informe (ver, hora 1:48:47).

Por otro lado, la defensa se agravia por considerar que el juez de sentencia entendió de manera arbitraria que el móvil del accionar del acusado habría sido la venganza ante la sustracción de doscientos pesos por parte de los integrantes del grupo donde estaba la víctima. No obstante entender que este tópico no tiene incidencia en la parte resolutive de la sentencia que se pretende impugnar, entiendo que tampoco puede prosperar. En primer lugar, se advierte que conforme a la hipótesis fáctica que sustenta la defensa, el móvil de la venganza no se compadece con la hipótesis de que el acusado disparó de manera accidental el arma de fuego que impactó de manera letal en la víctima. Por ello resulta lógico el intento del censurante por desconocer tal extremo en el legítimo ejercicio del derecho de defensa de su asistido.

En segundo lugar, se desprende de los registros audiovisuales que el sentenciante fundó adecuadamente tal extremo, a partir de las distintas declaraciones testimoniales e, incluso, a través de lo declarado por el propio acusado quien dio cuenta de esta circunstancia.

En otro orden, la defensa sostiene que el sentenciante atribuyó al acusado haber perpetrado el hecho con dolo eventual, en tanto la parte acusadora no se habría manifestado sobre este elemento subjetivo. Entiendo que el agravio sostenido en este sentido no puede prosperar en tanto no se condice con las constancias de la causa y de los fundamentos brindados por el juez de sentencia.

En efecto, se desprende de los registros audiovisuales que tanto el representante del Ministerio Fiscal como la parte querellante en sus alegatos conclusivos analizaron las posibilidades que tuvo el acusado, de acuerdo a las circunstancias del caso, respecto de la representación del resultado letal (ver, minutos 37:25 y 43:25, respectivamente).

De esta manera, el juez de sentencia con base a la hipótesis acusatoria analizó el aspecto subjetivo del delito en el que encuadró los hechos considerados probados tanto el titular de la acción pública como la parte querellante (ver registros audiovisuales, día 25/11/21, tercera parte, minuto 24:30). Del mismo modo, y vinculado a este mismo aspecto, no puede prosperar la crítica dirigida a que en ningún momento el acusado fue interrogado sobre si se le representó el **riesgo o la posibilidad del resultado letal** de su accionar.

Ello por cuanto tales circunstancias se desprenden de los hechos que conformaron la plataforma fáctica y de las distintas circunstancias que lo conformaron, las que fueron analizadas durante el desarrollo del debate, teniendo la defensa la posibilidad de interrogar a su asistido en todo aquello que consideró conducente al ejercicio de sus derechos. Con base a lo expuesto, entiendo que no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada, a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba.

b.- Críticas acerca de la calificación legal y la pena aplicada

Habiéndose rechazado los vicios formales en torno a la valoración probatoria de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los vicios iuris expuestos por el censurante.

Tal como se adelantara *ut supra*, la defensa del encausado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, al encuadrar la conducta desplegada por su representado en una calificación jurídica que, en su opinión, resulta errónea, debiendo subsumirse los hechos en el tipo penal contemplado en el art. 84 del CP.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestos en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que el juez de sentencia tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada. Dicho de otro modo, si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, denegado la primera, ello debe tener virtualidad manifiesta sobre la segunda. Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080). Por último, habiéndose confirmado la sentencia cuestionada en esta instancia en cuanto a la materialidad del hecho, la autoría del acusado y el encuadre legal, corresponde analizar a continuación los aspectos del recurso que impugnan la motivación de la individualización de la pena; específicamente sobre el quantum de penalidad determinado. Al respecto, en el formulario que acompaña el recurso interpuesto por la defensa –conforme a la Acordada N° 29.051–, el quejoso agregó que aun manteniendo la calificación legal más gravosa, la pena impuesta es sustancialmente desproporcionada.

No obstante no concretar el censurante las razones que lo llevan a tal conclusión, estimo que el juez de la instancia anterior ha brindado suficientes y adecuadas razones para situar la sanción en el monto aplicado. En este punto, debe considerarse que el juez de sentencia atribuyó a Juan Gabriel Franco Rodríguez la pena de quince años de prisión, y para la determinación de este monto tuvo en consideración la culpabilidad del acusado por el hecho que resultó condenado y a los que el a quo consideró de gravedad, no sólo por la modalidad de su comisión sino también por la extensión del daño causado, al considerar la edad de la víctima (16 años) y el daño irreparable que ello ocasionó a los familiares. Por otra parte, consideró como una circunstancia atenuante, que justificaba alejarse del máximo de la pena prevista para este delito, que el acusado era una persona joven y, por ello, tenía posibilidades de readaptar su vida (ver, a partir del minuto 31:32).

En razón de lo expuesto, estimo que el juzgador ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución justa, brindando el sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse del mínimo.

Así, de la lectura de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que el juez ha interpretado las normas sustanciales correspondientes

en base a las constancias de la causa, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adherente.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de Juan Gabriel Franco Rodríguez y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.457 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 14 de septiembre de 2021.-

20- VAZQUEZ CORREA. 20-09-21. (JJ)

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=599>

Lex: Art. 2, 47, 49 de la ley 9106. Art. 59 inc. 1°, 475, 476 inc. 4°, 477 del CPP. Art. 80 inc. 1° y 11° del CP.

Vox: Juicio por jurado. Casación contra rechazo del planteo de incompetencia.

Summa:

El TPC rechazó el planteo de incompetencia.

El representante del MPF y del querellante particular interponen recursos de casación.

Por su parte, el fiscal sostiene que se imposibilitó que el proceso sea resuelto mediante juicio por jurado. Considera que la resolución debe equipararse a una sentencia definitiva. Por otro lado, señala que el tribunal interpretó erróneamente, la resolución dictada en los presentes autos por la Suprema Corte de Justicia, como así también la ley 9106 respecto a lo actuado en la causa. Plantea un error respecto a la acumulación de las causas. Finalmente expresa que el tribunal resulta incompetente debido a que la fijación de debate carece de virtualidad para excluir la competencia del juicio por jurados.

El representante del querellante expone idénticos argumentos a los vertidos por el Fiscal.

El Procurador General mantiene el recurso interpuesto y señala que al juicio que se encuentra pendiente debe imprimirse el trámite previsto por la ley 9106.

La SCJM rechazó el recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular y no hacer lugar en lo sustancial al recurso de casación interpuesto por el representante del MPF.

Resolución cuestionada: resolución pronunciada por el TPC N° 1- 2°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf

b-CSJN

- Canales. 02-05-19: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692>

Doctrina citada.

MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2013. T. II, págs. 509 y 510.

SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Palermo (Licencia).

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05062137-9/1((028601-17801)) FC/ V C A A. P/ HOMICIDIO AGRAV ENRAZON DE LA VIOLENCIA DE GENERO Y C E L B P/ AV. HOMICIDIO (17801) (P2.75479/13) (75479) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105228389*

En Mendoza, a los veinte días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05062137-9 caratulada «F. C/ V C, A Y OT. P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DRA. M. TERESA DAY; segundo, DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

El representante de la querellante particular y el representante del Ministerio Público Fiscal interponen sendos recursos de casación contra la resolución mediante la cual se rechazó el planteo de incompetencia del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial para entender en estos obrados y se solicitó la aplicación de la ley de juicio por jurados populares; el pronunciamiento fue dictado por el tribunal aludido en estos autos y en la causa N° P2-83.054/13.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DRA. M. TERESA DAY DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «en primer lugar, el hecho que se investiga en los autos 17.801, caratulados “F. c/ V” es el mismo, y constituye el objeto procesal, que el de los autos P2-83.054. Y el hecho es uno sólo, reitero, y consiste en haber causado, haber dado muerte en forma violenta a quien en vida se llamara N E V M. Es decir que estamos ante un solo hecho atribuido a dos personas, una en cada causa, mediante acusaciones independientes. Y, a su vez, contienen distintas calificaciones legales. Por esas razones, por razones de economía procesal, para evitar que la abundante cantidad de testigos ofrecidos por las partes – aproximadamente 82– tengan que declarar en dos juicios, además de ya haberlo hecho en el primer juicio que se realizó al señor A V; como así también para evitar el riesgo de sentencias o pronunciamientos contradictorios es que oportunamente, reitero, conforme a lo dispuesto por el art. 372 del CPP, se dispuso la acumulación de ambas causas para realizar un único juicio a ambos imputados, el cual, es decir, el auto que dispuso esa acumulación se encuentra firme y consentido por todas las partes.

Ambas causas ya cuentan con la asignación de un tribunal colegiado que debe intervenir en la realización del juicio, por lo que, además pretender a esta altura del proceso ventilar el caso traído a juzgamiento mediante el procedimiento de juicio por jurados populares acarrearía otra complicación a los fines [...] además de violar los principios de juez natural, también nos llevaría a una complicación de determinar cuál de los tres miembros integrantes del tribunal sería el juez técnico que debería entender en el eventual juicio por jurados». «En otro orden, el art. 2 de la ley 9106, ley de juicio por jurados, establece que el juicio se realizará sólo respecto de los delitos previstos en el art. 80 del CP, y los que con ellos concurren de acuerdo a las reglas de los arts. 54 y 55, es decir, casos de concurso de delitos. No es el caso de autos [...] [S]obre quien recae directamente la acusación del homicidio calificado es contra el señor A V, no así contra

la señora L. C.. Es decir [...], entendemos que por las razones que dijimos anteriormente que llevaron a la acumulación y a la necesidad de realizar un solo juicio tampoco sería factible dividir o separar ambas causas y llevarlo únicamente al señor A V a un juicio por jurados, independientemente [...] tampoco corresponde, aunque debiéramos juzgar únicamente al señor V, tampoco correspondería hacerlo por la ley de juicio por jurados, por cuanto el art. 49 de dicha norma es clara al decir que se aplicará únicamente a los procesos iniciados con posterioridad [...] incluyendo a todas aquellas causa en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate [...]. Entiendo que este es el límite temporal de aplicación de la ley 9106, es decir, el legislador ha sido claro al consignar “fijación de la audiencia de debate”. No nos habla de realización o que no se haya realizado un juicio o que un juicio haya sido declarado nulo, etc.». «La causa del señor V tuvo fijación de fecha de debate e, incluso, se realizó el juicio, más allá de que luego fuese declarado nulo, pero [respecto al] acto concreto que la ley 9106 refiere como límite temporal para su aplicación, la fijación de fecha de debate –como lo explicara la señora defensora– es clara la ley al respecto. Si la voluntad del legislador hubiese sido otra, así lo habría consignado, así estaría consignado en la ley, esto no ha ocurrido.

En lo que respecta a la señora L. C E, la pretensión del Ministerio Público Fiscal de someter a la imputada al procedimiento previsto por la ley 9106, utilizando como argumento para ello la competencia por conexidad, según los arts. 58 y 59 del CPP, cuando el art. 2 refiere o agrega “y los que con ellos concurren según las reglas de los arts. 54 y 55” está haciendo referencia únicamente al concurso de delitos atribuible a una misma persona, es decir, una conexidad subjetiva». «Pero esto no es lo que ocurre en el caso sometido a examen, reitero, acá estamos frente a un solo hecho atribuido a dos personas de manera independiente y -conforme las acusaciones independientes, una contra V y otra contra C E, comprendidos en los respectivos requerimientos fiscales de elevación a juicio- tampoco estamos a un caso de coautoría, participación y, mucho menos, de encubrimiento». «Tampoco hay una causa principal y otra accesoria o conexa, por lo tanto no podemos hablar de conexidad en el caso que nos ocupa. Para que ello ocurra es necesario que sean dos, por lo menos, dos o más los hechos presuntamente ilícitos a juzgar, conforme las prescripciones de los arts. 58 y 59 del CPP. De modo tal que someter a juzgamiento mediante el procedimiento de juicio por jurados populares a la señora L C E, además de violar el principio del juez natural –como se dijo anteriormente– también implicaría una violación del debido proceso legal, por cuanto se estaría sometiendo a un proceso no previsto [...] para la imputación con pena temporal que pesa sobre ella. Tampoco podemos considerar en este estadio procesal –como lo argumentó el señor fiscal jefe– que probablemente durante el desarrollo del juicio surja una modificación o ampliación de la acusación, por coautoría o participación, y utilizar ello como un argumento válido para juzgar, someter a juzgamiento a la señora C E mediante el procedimiento de juicio por jurados populares. El art. 2 de la ley 9106 es absolutamente claro al respecto, en cuanto expresamente señala la competencia para el juicio por jurados se determinará con la calificación de los hechos con la que se eleva la causa a juicio [...] la señora C E está acusada por homicidio simple y alternativamente por homicidio en estado de emoción violenta, no por homicidio calificado. A todo evento, pretender desacomular, separar ambos procesos [...] a los fines de someter el primero a juzgamiento por mediante el juicio por jurados populares, aunque ya adelantamos que no corresponde, en virtud de lo prescripto por el art. 49, implicaría violar las prescripciones del art. 372 e ir contra estos actos procesales que ya se encuentran firmes, que es la disposición de la acumulación de las causas. Afectaría también el principio de celeridad y economía procesal, y el principio de preclusión de los actos procesales, conllevando [...] a las consecuencias que se trataron de evitar [...] cuando se dispuso la acumulación de las causas, provocando un desgaste

innecesario, un desgaste jurisdiccional innecesario y renacería el riesgo [...] de que ocurrieran pronunciamientos contradictorios». «Finalmente, respecto de los [...] casos de juicio por jurados que se mencionaran [...] advierto que en ninguno de ellos se ha planteado una cuestión igual [...] es decir, en ninguno de ellos se había fijado fecha de debate o se habría hecho un debate con anterioridad a que se determinara que los mismos fueran juzgados por juicio por jurados.

Por tales razones, de hecho y de derecho, entiendo que la excepción de incompetencia debe ser rechazada» (conforme constancias audiovisuales del día 04/11/2019, desde minuto 27:25 hasta minuto 39:58). Los demás integrantes del Tribunal adhirieron a los fundamentos vertidos por su Presidente, ampliando esos argumentos el Dr. Yapur respecto de «dos de tres cuestiones».

En ese orden, expresó: «En primer lugar, [en relación con la cuestión] referida por el señor Fiscal en Jefe relativa a que su planteo no violaba el principio de preclusión, entiendo que ello no es así puesto que es muy diferente el rol del juez técnico en el procedimiento de juicio por jurados, por ejemplo, en la etapa de admisión de prueba [...]. El juez técnico entra de lleno a evaluar el valor convictivo de cada prueba con el objeto de presentarle al jurado un juicio ágil y rápido. No es lo que se hizo en ninguna de las dos causas [...] en donde se realizó esa etapa de acuerdo al rito [...] de la ley 6730, es decir, se admitieron todas las pruebas que no fueran irrelevantes o superabundantes. Tampoco está en discusión la constitucionalidad del juicio por jurados [...], sino un tema [...] de juez natural. Quiero destacar también que [...] en ninguno de todos los juicios que se realiz[aron] se habían formulado acusaciones independientes por el mismo hecho, en ninguno de ellos se daba la situación del art. 372 del CPP [...]. [En el presente caso] hay dos imputados con dos acusaciones totalmente diferentes, una de las cuales no prevé la competencia del art. 2 de la ley 9106. Es decir que, más que una interpretación amplia –como sostuvo el señor Fiscal-, de prosperar su pretensión sería una interpretación contra legem porque lo que hoy estipula el art. 2 de la ley 9106 es que sólo los delitos previstos en el art. 80 del CP sean juzgados por un jurado popular. No es esa la imputación de la coimputada C E, en la que, en forma alternativa, se le atribuye un delito que tiene entre uno y tres años de prisión [...] [lo que] implica una calificación legal leve» (constancias audiovisuales, desde minuto 42:07 hasta minuto 46:13).

2.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal

En primer lugar el recurrente considera que la resolución cuestionada es impugnabile en casación, atento a que imposibilitó que el proceso sea resuelto mediante juicio por jurados populares y, con ello, se impide el ejercicio de la acción penal ante el juez natural previsto por la Constitución Nacional y las leyes de la provincia de Mendoza.

Sostiene que corresponde equiparar el pronunciamiento cuestionado a sentencia definitiva, en tanto restringe el ejercicio de derechos constitucionales y las garantías de juez natural, debido proceso legal y tutela judicial efectiva; a la vez que atenta contra el orden público, la soberanía del Estado respecto de la aplicación de la ley y causa gravedad institucional, por lo que es susceptible de provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior. Señala que ese último perjuicio se verifica en la afectación directa de la garantía de la tutela judicial efectiva de las víctimas, quienes no podrán acceder a la intervención del jurado popular como tribunal establecido expresamente por la ley 9.106. Cita jurisprudencia en respaldo de esta posición. En segundo lugar, luego de hacer una reseña de lo acontecido en estos obrados y en su acumulado, el recurrente expone sus agravios casatorios. En ese orden, sostiene que la resolución recurrida es nula a tenor de lo dispuesto por el art. 416, inc. 4 del CPP, puesto que –a su entender– es contradictoria por violentar el principio lógico de razón suficiente. Señala que el tribunal de la instancia anterior ha partido de premisas falsas para interpretar, según entiende incorrectamente, la ley 9.106 con

respecto a lo actuado en la causa. Agrega que no se han observado las reglas de la sana crítica racional en relación a elementos probatorios con valor decisivo vinculados con los actos procesales cumplidos y que se ha omitido aplicar normas constitucionales y leyes sustanciales de importancia. El representante del Ministerio Público Fiscal entiende que las consideraciones del tribunal de la instancia anterior son contradictorias al tratar las causas acumuladas como procesos distintos, a pesar de haber sostenido la necesidad de su acumulación cuando dispuso que la fijación de fecha de debate en la causa seguida contra C lo fuera luego de la resolución del recurso de casación en la causa seguida contra V C. Sostiene que los hechos y la plataforma fáctica investigada en ambas causas (muerte de N V) es la misma. Considera que no es correcta la interpretación que el Tribunal Penal Colegiado efectúa de la parte dispositiva de la sentencia de esta Suprema Corte de Justicia –concretamente la última parte del resolutivo 1– para fundar el rechazo del planteo de incompetencia. Así, advierte que el reenvío de la causa que hizo esta Suprema Corte de Justicia para que la OGAP determinara el juez que debía intervenir es correcto, puesto que en el sistema de juicio por jurados es sólo un juez técnico el que interviene. Por el contrario, considera que no es adecuada sostener, como lo hizo el tribunal, que el reenvío a la OGAP se realizó para que se determine el juez o «jueces» que deberían intervenir en la realización de un nuevo juicio. En cuanto a la acumulación, destaca que corresponde que la causa en la que se investiga el delito de menor gravedad se acumule a aquélla en la que se investiga el de mayor entidad (art. 59, inc. 1 del CPP) y no a la inversa, como ha ocurrido en el caso de autos. Por otro lado, entiende que si existen dos procesos acumulados y en uno de ellos se investiga la comisión del delito de homicidio agravado (art. 80, incs. 1 y 11 del CP), debe aplicarse la ley 9.106, por aplicación del art. 47 de esa ley y del art. 59, inc. 1 del CPP.

Asimismo, sostiene que la sentencia de este Tribunal anuló el debate, la sentencia y sus fundamentos en la causa seguida contra V C, por lo que el decreto de fijación de audiencia para la realización de ese debate ha perdido valor procesal.

En función de ello, esa fijación de debate carece de virtualidad legal para excluir la competencia del juicio por jurados populares, de acuerdo a los términos del art. 49 de la ley 9.106. Por otra parte, entiende que el tribunal no acierta al sostener que el juicio por jurados populares sólo se aplicará a los delitos del art. 80 del CP, soslayando casos como el presente en el que un mismo hecho se le atribuye a dos acusados.

Desde otro aspecto, el recurrente señala que para la fecha del hecho ya se había sancionado y publicado la ley nacional N° 24.632 y que, teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de violencia de género, no admitir la competencia del jurado popular se aparta de la sana crítica racional en la ponderación de los actos procesales cumplidos con valor decisivo.

Finalmente, entiende que la declaración de incompetencia es procedente, teniendo en cuenta que la competencia por razón de la materia es una cuestión de orden público y, por ello, debe ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso, como establece el art. 51 del CPP. Cita jurisprudencia que sustenta sus argumentos. Formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación del representante de la querellante particular

En términos similares a los expresados por el representante de la acusación pública, el representante de la querellante interpone recurso de casación contra el auto que rechazó la excepción de incompetencia deducida también por esa parte, por considerar que el pronunciamiento resulta equiparable a definitivo. En relación con los agravios casatorios, expresa idénticos argumentos que los desarrollados por el fiscal de la causa, los que se dan por reproducidos conforme la reseña del apartado anterior.

4.- La contestación de vista por la defensa del acusado

Los letrados defensores de A V y de L C solicitaron que se tenga por desistido el recurso interpuesto por el querellante particular, debido a que esa vía impugnativa no ha sido mantenida en tiempo y forma ante este Tribunal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 477 del CPP.

5.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Jefe ante el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

En oportunidad de emitir su dictamen, el señor Procurador General se remite a los argumentos vertidos oportunamente por el recurrente.

Sin perjuicio de ello, expresa también que al juicio que se encuentra pendiente en estos obrados debe imprimírsele el trámite previsto por la ley 9106, en cumplimiento del art. 24 del CN, toda vez que al tiempo que la mentada ley entró en vigencia no se encontraba fijada fecha de audiencia de debate.

6.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Conforme se desprende de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal; y, en lo que concierne al fondo de la cuestión, rechazar el planteo casatorio deducido por esa parte. Por otro lado, considero que debe desestimarse el recurso de casación interpuesto por el querellante particular. Paso a explicarlo.

a.- Sobre la admisibilidad formal de los recursos interpuestos

Con la finalidad de analizar la procedencia formal de los recursos deducidos resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento es recurrible objetivamente. En ese sentido, se advierte que el decisorio emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial no constituye sentencia definitiva y tampoco se encuentra entre aquellas resoluciones enumeradas en el art. 475 del CPP, puesto que no se trata de un auto que ponga fin a la acción o a la pena, o haga imposible que continúen o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas.

De tal manera, y en principio, no sería susceptible de ser recurrido mediante la vía intentada. No obstante, entiendo que la decisión sometida a consideración de esta instancia debe equipararse a definitiva debido a que, por las particulares circunstancias del caso analizado, resulta de trascendencia expedirse sobre el fondo de la cuestión en tanto se encuentran en tela de juicio la garantía del juez natural y la sustanciación de la causa a través del sistema de enjuiciamiento por jurados populares (**sobre ello, ver CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales» y Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sentencia del 7 de febrero de 2020, «Petean Pocoví»**).

Siendo así, considero que particulares las cuestiones involucradas en la presente causa habilitan la equiparación del pronunciamiento cuestionado a sentencia definitiva, a los efectos casatorios.

En segundo lugar, en lo que concierne a la pretensión recursiva deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal, advierto que también reúne los recaudos subjetivos establecidos por el ordenamiento procesal para su admisión, en tanto ha sido interpuesto por quien, en función de la equiparación excepcional referida, se encuentra expresamente autorizado por el art. 476, inc. 4 del CPP.

Ahora bien, en lo que respecta al recurso de casación interpuesto por el representante de la querellante particular, entiendo que no se verifica la legitimación subjetiva exigida para impugnar la resolución que cuestiona. Ello, en tanto el art. 475 del CPP establece que la recurribilidad de las resoluciones que allí se

enumeran –y, por lo tanto, de aquéllas que sean equiparables– se encuentra sujeta a «las limitaciones establecidas en los artículos siguientes».

Y, específicamente, el art. 477 del CPP regula la legitimación subjetiva del querellante particular en relación con el recurso de casación.

De tal manera, establece que aquélla parte sólo podrá impugnar «las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior», es decir, «[l]as sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio» y «[l]as sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena».

En virtud de ello, resulta claro que, no siendo la resolución impugnada una sentencia absoluta ni de sobreseimiento, ésta no es impugnada en casación por el representante del querellante particular.

En función de todo lo expuesto, corresponde admitir formalmente el recurso deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y desestimar formalmente el recurso de casación interpuesto en representación de la querellante particular.

b.- Acerca de la pretendida aplicación al caso del sistema de juicio por jurados

Más allá de la admisión formal del recurso del Ministerio Público Fiscal, analizadas las constancias incorporadas a la presente causa entiendo que, como se anticipó, corresponde el rechazo en el fondo de aquella impugnación.

Ello, en virtud de los motivos que a continuación expongo.

De acuerdo al escrito casatorio ya referido, los agravios del órgano acusador se centran en cuestionar la resolución impugnada, en virtud de lo que considera una incorrecta interpretación de la ley 9.106 y de las constancias de la causa.

De ese argumento derivan los restantes puntos de agravio que pueden sintetizarse en los siguientes: contradicción del pronunciamiento por sostener, primero, la necesidad de acumulación de las causas bajo análisis y, luego, tratarlas como procesos distintos; errónea acumulación de la causa más grave a la de menor calificación legal; errónea interpretación del dispositivo de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza referido al «juez» que debe entender en el nuevo juicio; ausencia de virtualidad procesal del decreto que fijó fecha para la realización del primer debate, en relación con la competencia del juicio por jurados; incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de género; y ámbito de aplicación del juicio por jurados –delitos comprendidos–.

b.1. Sobre un eventual pronunciamiento contradictorio y el adecuado trámite de acumulación

En relación con este punto, el representante del Ministerio Público Fiscal entiende que las consideraciones del tribunal de instancia previa son contradictorias al tratar las causas acumuladas como procesos distintos, no obstante haberse pronunciado sobre la necesidad de la acumulación en oportunidad de disponer que se supeditara la fijación de fecha de debate respecto de C E una vez resuelto el recurso de casación deducido en la causa seguida contra V C. Pone de resalto que el hecho investigado en ambas causas es el mismo, esto es, el deceso de N V.

En ese orden, corresponde señalar que, efectivamente, el tribunal de instancia anterior consideró oportuna la acumulación de las causas seguidas contra A V C y L C E no sólo al momento de supeditar la realización del juicio contra C E a la resolución de la casación planteada en el expediente seguido contra V C, sino también al dar los fundamentos de la resolución que aquí se recurre.

Ello, por constituir un único hecho el objeto procesal de ambos expedientes, y a los fines de evitar sentencias contradictorias y un dispendio jurisdiccional innecesario.

Asimismo, y sin perjuicio de las razones que justificaron la acumulación referida, el tribunal entendió que no correspondía someter el juzgamiento de ambos acusados a la competencia de los jurados populares, puesto que, aún cuando uno de los delitos intimados –el homicidio calificado atribuido a V C– resultare comprendido en principio en esa competencia especial, un acto concreto lo excluía de ella. Y éste acto es el decreto que fijó oportunamente fecha de debate en la causa pertinente.

Es decir que el motivo que determinó al tribunal de instancia anterior a rechazar la intervención del jurado popular no es la pertinencia o impertinencia de la acumulación ordenada, sino lo dispuesto por el art. 49 de la ley 9.106 en relación con el acto que marca la excepción a ese tipo de enjuiciamiento. Específicamente, en el voto mayoritario de la resolución impugnada se expresó que «por las razones que dijimos anteriormente [...] tampoco sería factible dividir o separar ambas causas y [...], aunque debiéramos juzgar únicamente al señor V, tampoco correspondería hacerlo por la ley de juicio por jurados, por cuanto el art. 49 de dicha norma es clara al decir que se aplicará únicamente a los procesos iniciados con posterioridad [...] incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate [...]».

Como se advierte, los argumentos del tribunal impugnado no resultan contradictorios entre sí –como sostiene el recurrente–, por lo que el agravio que se funda en esa circunstancia debe ser rechazado. En lo que respecta a la acumulación, el impugnante sostiene que el trámite efectuado en relación a las causas bajo estudio no ha sido el adecuado.

Ello, toda vez que el art. 59, inc. 1 del CPP dispone que la causa en la que se investiga el delito de menor gravedad debe ser acumulada a aquélla en la que se investiga el de mayor entidad, y no a la inversa, como ha ocurrido en autos. Si bien le asiste razón al recurrente en lo que concierne a la regla procesal aludida, lo cierto es que en el caso sometido a examen el modo en que se ha procedido resulta irrelevante a los efectos pretendidos.

En efecto, las causas acumuladas y aquí analizadas no constituyen causas conexas, como requieren los arts. 58 y 59 del CPP para que esas disposiciones resulten aplicables. Por el contrario, tal como ha sostenido el tribunal impugnado, el hecho investigado en ambas causas es único con imputaciones distintas e independientes para cada una de las personas presuntamente involucradas en él.

Es decir, que de no haberse producido la escisión de la causa antes del debate realizado respecto de A V C la investigación de la muerte de N V se hubiera producido en un único legajo; y, siendo así, resulta indistinto si el expediente seguido contra V C se acumuló al de C E o al revés, puesto que en este caso la competencia se determinaría en función del delito de mayor gravedad –el atribuido a V C– y la fecha del único hecho investigado, por lo que este cuestionamiento no puede prosperar en esta instancia.

b. 2. Acerca de la interpretación del resolutivo dictado por esta Suprema Corte de Justicia

Tampoco considero procedente el agravio relacionado con el resolutivo primero del fallo emitido por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza –al anular la sentencia absolutoria en la causa seguida contra V C– que dispone la remisión de las actuaciones para que la OGAP determine el «juez» que debe intervenir en el nuevo debate.

En efecto, el concepto de «juez» que allí ha sido consignado lo ha sido como equivalente a «tribunal», tal como se ha interpretado tradicionalmente y utilizado cotidianamente, por lo que de aquella remisión no puede deducirse que se dispuso que la causa tramitara por medio del sistema de enjuiciamiento por jurados, tal como lo hace el recurrente. En virtud de ello, estimo que pretender una interpretación literal de lo consignado en el resolutivo de este Tribunal, a los fines de determinar la intervención del jurado

popular en el juzgamiento de los acusados, resulta un argumento forzado que se aleja del uso habitual del término y conduce a su rechazo en esta instancia.

b.3.- Sobre un eventual incumplimiento de las obligaciones en materia de género

El representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que, de no admitirse en la presente causa el enjuiciamiento mediante jurados populares, el Estado incurriría en incumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de género.

Ello, en tanto considera que habría un apartamiento de la sana crítica racional en la ponderación de los actos cumplidos con valor decisivo.

Al respecto, corresponde señalar que no surge de los argumentos recursivos ni se advierte que la intervención de un tribunal técnico para juzgar la responsabilidad de los acusados en el hecho investigado pueda derivar en un incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones internacionales asumidas.

En efecto, ya es una cuestión plenamente asumida por los tribunales de la Nación Argentina que la ponderación de evidencias y de los elementos de prueba debidamente incorporados a las causas en las que deban investigarse y juzgarse hechos acontecidos en el marco de los supuestos previstos por la ley 24.632 debe ser efectuada con perspectiva de género, como pauta ineludible.

Esa perspectiva en la tarea valorativa no puede ser soslayada en ninguna instancia procesal y por ningún operador judicial, por lo que no resulta privativa de los jurados populares. En virtud de ello, no surge que la resolución cuestionada pueda derivar en un incumplimiento de obligaciones por parte del Estado, toda vez que determina la intervención de un tribunal técnico legítimamente constituido y al que no se le puede atribuir, en esta instancia procesal, una ponderación carente de perspectiva de género, teniendo en cuenta que la tarea valorativa sólo será llevada durante el debate oral y público. Por los motivos precedentes, este agravio también debe ser desestimado.

b.4. Acerca de qué delitos pueden ser juzgados mediante juicio por jurados

En relación a este planteo, el representante de la acusación pública critica la resolución impugnada por entender que no es acertado afirmar que el juicio por jurados populares sólo se aplicará a los delitos previstos en el art. 80 del CP, dejando de lado casos como el presente, donde se investiga un mismo hecho con imputaciones por diferentes calificaciones legales. En ese orden, corresponde señalar que el art. 2 de la 9.106 resulta claro al establecer que «[l]os Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, y los que con ellos concurren según las reglas de los artículos 54 y 55 de ese Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquéllos». E

s decir que en todas aquellas causas en que se investigue un hecho calificado con alguna de las figuras típicas previstas por el art. 80 del CP procederá el enjuiciamiento por jurados populares, como también respecto de todas las causas que resulten objetiva o subjetivamente conexas con aquélla de tan grave entidad.

No pasa inadvertido que en la resolución cuestionada se ha sostenido que el caso de autos no se adecua a lo dispuesto por la norma antes aludida y que, por ello, no resulta aplicable el juicio por jurados populares.

Sin embargo, y más allá del acierto o error de las consideraciones del tribunal impugnado, entiendo – como se ha anticipado– que el motivo por el que las causas traídas a consideración de esta instancia quedan excluidas de ese procedimiento especial encuentra fundamento en otra regla establecida por la ley 9.106, esto es, la existencia efectiva de un acto que marca la excepción a la aplicación del juicio por jurados (art. 49, ley 9.106).

En virtud de ello, considero que el argumento recursivo aquí analizado no resulta dirimente para solución del caso, lo que conduce a su rechazo.

b.5. Sobre la virtualidad procesal del decreto que fijó fecha del debate anulado

El impugnante sostiene que el decreto que oportunamente fijó fecha para la realización del debate respecto de A V C ha perdido valor procesal para excluir la competencia del juicio por jurados populares –conforme dispone el art. 49 de la ley 9.106– teniendo en cuenta que la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia anuló aquel debate, la sentencia dictada en consecuencia y sus fundamentos.

En ese orden, cabe referir que efectivamente en la presente causa se fijó fecha de debate, que el debate fue realizado y concluyó mediante el dictado de una sentencia; la cual, con posterioridad, fue anulada en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto ante esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

En primer lugar, corresponde señalar que el art. 49 de la ley 9.106 dispone que «[l]a presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate» (el destacado me pertenece).

Es decir que, de acuerdo con esa disposición legal, el enjuiciamiento mediante jurados populares se aplica respecto de: a) todas las causas que se iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 9.106; y, b) sólo a aquéllas iniciadas con anterioridad en las que no se hubiese establecido fecha de audiencia de debate. Como se advierte, y respecto de las causas iniciadas con anterioridad a la vigencia de la ley 9.106, su art. 49 es elocuente al establecer un acto concreto para determinar los casos que deberán enjuiciarse por el sistema de juicio por jurados y aquéllos que serán sometidos a debates dirigidos por jueces técnicos. Ese concreto acto es la fijación de fecha de debate (art. 371 del CPP) y constituye la actuación procesal específica establecida por el legislador local para determinar el juez natural de la causa. En otras palabras, es ese acto y no otro el que determina la competencia.

De ese modo, no caben dudas de que, habiéndose fijado fecha para la celebración del debate oral y público en un determinado proceso –y en el presente caso lo fue el día 10 de marzo de 2014 (fs. 2911 y 2912)–, sólo será competente un tribunal técnico por ser éste el juez natural de la causa, conforme prevé la norma antes citada. Sentado ello, la solución que se impone en estos obrados aparece clara, puesto que el acto procesal decisivo para determinar qué tipo de tribunal debía entender –en función del art. 49 de la ley 9.106– había tenido lugar mucho tiempo antes de la entrada en vigencia de la ley de juicio por jurados. En efecto, en la causa seguida contra A V C, por su presunta intervención en el delito de homicidio agravado en razón del vínculo y en razón de la violencia de género, en concurso ideal (art. 80, incs. 1 y 11 del CP), el día 10 de marzo de 2014 se fijó fecha para la celebración del debate (fs. 2911 y 2912), como se anticipó. En segundo lugar, entiendo que lo referido con anterioridad no se opone a lo señalado por la Corte Federal respecto la aplicación inmediata de las leyes sobre jurisdicción y competencia en el **precedente «Canales»** y que encuentra fundamento en que «[...] la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía» por lo que «[...] la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia [...]» (CSJN, sentencia del 2 de mayo de 2019, «Canales», considerando 4 del voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda).

La razón que avala la afirmación precedente radica que nuestro régimen legal provincial en la materia dispuso en el art. 49 de una regla específica en relación con los procesos a los cuales debía aplicarse el enjuiciamiento por jurados, conforme se explicó en párrafos anteriores

En definitiva, la propia ley de juicio por jurados dispuso que en situaciones como la presente, donde existió fijación de fecha de audiencia de debate con anterioridad a su entrada en vigencia, estuvieran sustraídas de la aplicación del sistema de enjuiciamiento por ella dispuesto. P

or lo tanto, el juez natural de la presente causa, por disposición legal (art. 49 de la ley 9.106), es el tribunal compuesto por jueces técnicos. Desde ese aspecto, no puede soslayarse que «[e]l único parámetro para atribuir competencia a un tribunal, en materia penal, es la ley, razón por la cual también se ha dicho, sin querer significar otra cosa, que esa competencia es absoluta.

Resulta sencillo entender la razón de esta característica: el principio del juez natural o legal impide que los hechos futuros varíen la radicación de una causa o alguno de los protagonistas del caso —el imputado o la víctima y, más extensamente, el acusador o el juez— elija el tribunal competente o, en el caso de los jueces, se arroge por sí mismo esa facultad, ya por voluntad o decisión individual, ya por pactos o acuerdos entre ellos.

A pesar de que el principio cobra sentido como garantía individual, esto es, básicamente para quien es perseguido penalmente, él opera políticamente por sobre esa caracterización, para impedir cualquier modo de elección del tribunal, incluso aquella que podría realizar el propio imputado» (MAIER, Julio B. J., **Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales**, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2013. T. II, págs. 509 y 510).

La solución dispuesta de manera alguna pone en tela de juicio la importancia que ostenta en la participación popular en la administración de justicia a través del juicio por jurados, sino que sólo se limita a justificar las razones por las que considero que aquel sistema no resulta de aplicación en este caso. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JULIO R. GÓMEZ adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JULIO R. GÓMEZ adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación deducido por el representante de la querellante particular.
- 2.- No hacer lugar en lo sustancial al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada en fecha 04/11/2019 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en cuanto rechazó el planteo de incompetencia.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de septiembre de 2021.-

21-PRÁDENAS. 22-10-21

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211022_FcPA.pdf

Lex: Art. 142 inc. 1°, 12 y 29 inc. 3, 106, 1° y 3° párrafo del CP

Vox: Privación ilegítima de la libertad agravada. Abandono de persona seguido de muerte. Recurso de revisión. Cosa juzgada. Doble conforme.

Summa:

La Excma. **Quinta Cámara del Crimen** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada (arts. 142 inc. 1, 12 y 29 inc. 3 del CP), así como contra la sentencia dictada en esos autos por esta Suprema Corte de Justicia que rechazó el recurso de casación planteado por la defensa, acogió el formulado por el Ministerio Público Fiscal y amplió la condena a la pena de **quince años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable, además del ilícito antes mencionado, del delito de abandono de persona seguido de muerte (art. 106, 1° y 3° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de revisión planteado por la defensa de Prádenas Araya en autos

Resolución cuestionada: Sentencia dictada por la Excma Quinta Cámara del Crimen - 1° CJ y por la SCJM.

Precedentes citados

a-SCJM

- García, Marcelo.
- Cecchi Alonso.
- Centorbi, Luis.
- Agüero, Alexis.
- Nieves, Ricardo.
- Barros Soto.
- Fernández Rosales.

SCJM. Dra. **Day**. Dr. **Gómez**. Dr. **Garay**.

(N.C.)

Fallo

CUIJ: 13-02848994-8((012174-11459901)) PRADENAS, ALEJANDRO P/ RECURSO DE REVISIÓN P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *102872054*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 114.599, CUIJ 13-02848994-8 caratulada «PRÁDENAS, ALEJANDRO P/ RECURSO DE REVISIÓN».

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. M. TERESA DAY, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. DALMIRO GARAY CUELI.

La defensa de Alejandro Patricio Prádenas Araya plantea recurso de revisión contra la sentencia N° 2.514 pronunciada por la entonces Quinta Cámara del Crimen en los autos P-39.175/07 que condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada (arts. 142 inc. 1, 12 y 29 inc. 3 del CP); así como contra la sentencia dictada en esos autos por esta Suprema Corte de Justicia que rechazó el recurso de casación planteado por la defensa, acogió el formulado por el Ministerio Público Fiscal y amplió la condena a la pena de quince años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable, además del ilícito antes mencionado, del delito de abandono de persona seguido de muerte (art. 106, primer y tercer párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M.TERESA DAY DIJO:

1.- Sentencias recurridas

a.- En lo que aquí respecta, debe señalarse que la sentencia N° 2514 pronunciada en fecha 28/02/2009 por la entonces Quinta Cámara del Crimen (autos P-39.175/07, fs. 1773/1774 y 1823/1854) condenó a Alejandro Patricio Prádenas Araya por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia (art. 142 inc. 1 del CP).

En este sentido, consideró acreditado que «... el señor Alejandro Prádenas, el día viernes 11 de mayo de 2007, en horas de la tarde -18 hs. aprox.-, tomó a [M.P.R.] por la fuerza, la introdujo en su casa, y la privó de su libertad, por lo menos hasta el día sábado 12 de mayo de 2007» (fs. 1845).

En esa causa, los hechos que se le atribuyeron a Alejandro Prádenas fueron los siguientes: «Que para fecha 17.5.2007, siendo aproximadamente las 18.00 hs. se encontró en una bodega abandonada ubicada en ..., Mendoza, el cuerpo sin vida de la menor [M.P.R.], quien presentaba signos de haber sido abusada

sexualmente mediante acceso carnal por vía vaginal. La menor habría permanecido en el domicilio de su padre biológico, sr. ALEJANDRO PATRICIO PRÁDENAS ARAYA, ubicado en Barrio ..., Mendoza, desde el momento en que se ausentó de su hogar el día 11 de mayo de 2007, aproximadamente a las 18.00 hs., oportunidad en la que regresaba de la escuela ..., quedando en dicho lugar hasta el día domingo 13 de mayo de 2007, fecha en la que habría sido trasladada conjuntamente con el coimputado Walter Gabriel Prádenas Araya –hermano del primero nombrado y tío biológico de la menor– presumiblemente hacia la zona de Gillen., donde finalmente fue encontrada sin vida».

«De las constancias de autos surge que la menor estuvo privada de la libertad por la fuerza en el domicilio en cuestión por obra del imputado Alejandro Prádenas, y que en conocimiento de la situación del coimputado Walter Prádenas concurrió al domicilio con su rodado particular para asistirlo ...». «... Por otra parte se atribuye a los imputados ALEJANDRO PATRICIO PRÁDENAS y WALTER GABRIEL PRÁDENAS los delitos de PRIVIACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR MEDIAR VIOLENCIA, EN CONCURSO REAL CON ENCUBRIMIENTO AGRAVADO, previstos y penados por los arts. 142 inc. 1 in fine del CP, 55 y 277 inc. 3 letra 3 (entiéndase letra a) del Código Penal» (conf. expte. P-39.175/07, fs. 1825 y vta.)».

Para considerar acreditada la autoría de Alejandro Patricio Prádenas en el delito de privación ilegítima de la libertad agravada, la entonces Quinta Cámara del Crimen valoró, principalmente, las siguientes pruebas: las declaraciones de ..., ..., ..., ... –así como el croquis ilustrativo que realizó–, ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... y ...; la declaración del acusado, Alejandro Prádenas; y las actuaciones de fs. 393/408, 397, 399 y 1759. Expresamente excluyó de la valoración las pericias de fs. 912, 1209 y 1609/1610 sobre la testigo por considerar que no cumplían los requisitos procesales para ser consideradas pericias.

b.- El **recurso de revisión** también tiene por objeto la sentencia pronunciada por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en aquellos autos P-39.175/07 en fecha 08/06/2010, resolución que rechazó el recurso de casación planteado por la defensa contra la condena de la Quinta Cámara del Crimen y acogió el formulado por el Ministerio Público Fiscal. En consecuencia de ello, se amplió la condena de Alejandro Prádenas al delito de abandono de personas seguido de muerte en concurso real (arts. 55 y 106 del CP) y se impuso la pena de quince años de prisión (fs. 2030/2042 y vta.).

Para arribar a esa solución, este Tribunal –con diversa integración– tuvo en cuenta que la responsabilidad de Prádenas por la privación de libertad de M.P.R. ya había sido declarada, y valoró principalmente las declaraciones de ..., ..., ..., ..., ..., el acta de secuestro de fs. 111 y la declaración de Alejandro Prádenas. En base a ello, consideró acreditado que «Prádenas Araya permitió que entre la tarde del día domingo 13 de mayo de 2007 y la madrugada del día lunes 14 de mayo de 2007, en hora no determinada, [M.P.R.] fuera trasladada por personas no individualizadas que no la cuidarían, desde el domicilio del imputado ubicado en ... –donde la tenía privada de la libertad ilegalmente y por la fuerza a partir de la tarde del día viernes 11 de mayo de 2007– hacia la zona de ..., Mendoza, porque no ingresó a su casa ninguna persona extraña a la familia, y la víctima por la incapacidad que presentaba no podía manejarse por sí misma debido a las dificultades para organizarse témporoespacialmente, quedando desamparada, sin posibilidades de ser ayudada y a merced de individuos que abusaron sexualmente de ella y le produjeron la muerte por asfixia por sofocación, para luego arrojarla en un piletón de la bodega abandonada ubicada ..., Mendoza, donde fue encontrada el día 17 de mayo de 2007, abusada sexualmente y sin vida» (fs. 2039 vta.).

2.- Recurso de revisión

El recurso planteado por la defensa de Alejandro Prádenas se funda en el art. 495 inc. 4 CPP, por considerar que con posterioridad a la condena sobrevinieron nuevas pruebas que demuestran que los hechos por los que se lo condenó no fueron cometidos por él, pues no pudieron ocurrir del modo en que se consideró acreditado. Las pruebas nuevas a las que alude habrían surgido en el marco de la investigación llevada adelante por el Ministerio Público Fiscal en los autos P-76.006/09 «Comp. de autos P39.175/07» –luego caratulados «F. c/Duarte, Ramón Osvaldo p/abuso sexual seguido de muerte y Reina, Marta Silvia p/partícipe secundaria del delito de abuso sexual seguido de muerte»–, donde se investigaba la posible responsabilidad de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina en el abuso sexual y la muerte de la niña M.P.R. En este sentido, la defensa comienza su argumentación con la transcripción de partes de la sentencia de la entonces Quinta Cámara del Crimen que condenó a Prádenas, del recurso de casación presentado contra esa decisión, de la resolución de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia que resolvió aquella impugnación, de las pruebas que se colectaron en los autos P-76.006/09 y de las conclusiones del requerimiento de citación a juicio efectuado por el Ministerio Público Fiscal contra Marta Reina y Ramón Osvaldo Duarte. En base a ello, plantea posteriormente una serie de agravios. Explica que el testimonio de Marta Reina no tiene fuerza de cargo contra Alejandro Prádenas pues ella está acusada de haber intervenido en la desaparición y muerte de su hija. Repasa aspectos de las diversas declaraciones que efectuó y que considera incongruentes con otros elementos de prueba recolectados, y señala que sus contradicciones y adendas demuestran que siempre negó su relación con Duarte con la intención de distraer la investigación y direccionarla hacia Prádenas, padre de la niña. En este sentido, destaca que las nuevas pruebas desmintieron a Marta Reina en cuanto negaba haber tenido un vínculo con Ramón Osvaldo Duarte –a quien, según sus palabras, no veía desde 1989–, pues la evidencia recabada en los autos P-76.006/09 acreditó que ambos mantuvieron comunicaciones telefónicas durante la desaparición, abuso y muerte de M.P.R.; y que, incluso, habían contraído matrimonio a escondidas de Oscar Flores, la pareja que por entonces tenía Marta Reina. A juicio de la defensa, esto indicaría que Marta Reina habría sido la responsable de entregar la niña víctima a Duarte, algo que ella habría intentado ocultar para eludir su propia responsabilidad. Concretamente, Reina habría enviado dos mensajes a Duarte los días 11 de mayo de 2007 y 16 de mayo de 2007, es decir, el día de la desaparición de M.P.R. y el día anterior a su aparición sin vida, respectivamente. Por estas razones, señala que las declaraciones de Marta Reina que basaron la condena de Alejandro Prádenas no pueden tener peso alguno, en tanto posteriormente ha sido señalada como partícipe del delito de abuso sexual seguido de muerte. En relación al testimonio de ..., que había sido decisivo para la declaración de responsabilidad penal de Alejandro Prádenas porque declaró haber visto a M.P.R. en su casa, la defensa afirma que eso nunca podría haber ocurrido porque: 1) él mismo reconoció haber ido a buscar a la menor lejos de la casa de Prádenas y sospechar de que estuviera con Duarte; y, 2) en el careo que mantuvo con Silvia Reina cambió sus dichos hasta el extremo de manifestar prácticamente no haber visto a M.P.R., sino que «le pareció» que debía estar en la casa de Prádenas, de modo que se contradujo en un aspecto esencial de su declaración anterior. En cuanto a la declaración de ..., quien también había declarado haber visto Alejandro Prádenas introducir a M.P.R. en su casa el viernes 11 de mayo de 2007 y luego haber visto cómo éste la encerraba en el baño, la inyectaba y la ataba, la defensa reitera las críticas respecto de su credibilidad que había formulado en oportunidad de plantear el recurso de casación contra la sentencia de la entonces Quinta Cámara del Crimen –agravios rechazados en su oportunidad por esta Sala Segunda–. Tales cuestionamientos se asentaban principalmente en la existencia de numerosas pericias que indicaban la escasa verosimilitud de su relato pues estaba afectada por una debilidad mental que desorientaba su ubicación temporal y espacial,

advertiéndose signos de fabulación. Agrega que el examen de ADN practicado en los autos P-76.006 coloca como responsable del hecho –ineludiblemente– a Ramón Osvaldo Duarte, pues revela el hallazgo de rastros de su ADN en las prendas que vestía la víctima. Afirma que, según la necropsia realizada, quien accedió carnalmente a la víctima también debió darle muerte por sofocación, por lo que resulta lógico que Duarte fuera el responsable del abuso sexual seguido de muerte. Tal prueba irrefutable demostraría que Prádenas no estuvo involucrado, y reforzaría la idea de que las declaraciones de Marta Reina en su contra habrían respondido a una maniobra inculpativa para ocultar la responsabilidad de Duarte y la propia. Por otra parte, el recurso alude a la declaración de la testigo ..., que sostuvo haber visto a la niña M.P.R. en el bar «El Tucho» la noche del 11 de mayo de 2007, y al mediodía siguiente, el 12/05/2007. Esto imposibilitaría que Alejandro Prádenas mantuviera a la niña víctima privada de la libertad en su casa. La defensa agrega que no hay pruebas que vinculen a los posibles autores del hecho – esto es, a Marta Reina y Ramón Osvaldo Duarte– con Alejandro Prádenas. A su juicio, las declaraciones que prestó Marta Reina en los autos P-39.175/07 –donde se condenó a Prádenas– respondían al propósito de ocultar su propia responsabilidad en el hecho, algo que ni la Fiscalía ni el Tribunal que intervinieron en aquel caso podían conocer. Sin embargo, la investigación posterior desarrollada en los autos P-76.006/09 revelaría –en línea con la teoría que la defensa propuso en su recurso de casación–: 1) que Marta Reina siempre supo que la niña estaba con Duarte, pues ella misma se la habría entregado; 2) que éste la abusó sexualmente y la mató; y, 3) que no existían posibilidades fácticas de que Prádenas la hubiera privado de su libertad. Señala que los testimonios de personas que sospechaban de la participación de Duarte, así como su propia declaración de descargo, fortalecen la hipótesis según la cual: 1) Duarte conocía a M.P.R., ya que mantenía una relación amorosa con su madre; 2) como consecuencia de dicha relación la niña vivió con Duarte y que, en este contexto, éste incluso tuvo relaciones sexuales con ella con anuencia de Marta Reina, su madre; y, 3) fue finalmente Duarte quien se llevó a M.P.R. con el consentimiento de Marta, oportunidad en la que abusó sexualmente de ella y le dio muerte. En este sentido, destaca que Silvia Reina y Agustín Gómez –prima y hermano de Marta Reina, respectivamente–, declararon que sospechaban de la intervención de Marta Reina en los hechos, indicando incluso Silvia Reina que a la acusada «se le había ido de las manos lo de prostituir a [M.P.R.]». Por estas razones, la defensa solicita la revocación de la condena de Prádenas y su absolución lisa y llana o, en su defecto, su absolución por el principio de la duda. Explica que ello puede realizarse sin necesidad de realizar otro acto pues las pruebas fundamentales que permiten concluir en la absolución de Prádenas no necesitan ser reproducidas en un debate oral por ser sobreabundante. En ese sentido, señala que: 1) el examen de ADN realizado en relación con Duarte se llevó a cabo con control de la defensa y es una prueba de carácter científico cuya reproducción previa al debate sería inoficiosa e inútil, por lo que basta con incorporar la documentación de fs. 2750/2754; 2) el reconocimiento realizado por Rita Angélica Pizarro de fs. 2878 es un acto irreproducible; 3) los exámenes periciales practicados a la menor Karen Rodríguez están documentados debidamente en las causas P-39.175/07 y P-76.006, por lo que sería inoficiosa su reproducción en debate; y, 4) las demás probanzas practicadas por el Ministerio Público Fiscal en los autos P-76.006/09 pueden ser analizadas a través de las actas que las instrumentan, siendo innecesario interrogar nuevamente a la enorme cantidad de testigos citados. Finalmente, ofrece las siguientes pruebas: 1.- Copia de la sentencia pronunciada por la 5° Cámara del Crimen en autos 39.175/07 “Fc. / Díaz Cruz, Apolo Jacobo p/ abuso sexual seguido de muerte y Prádenas, Alejandro y Prádenas, Walter por privación ilegítima de la libertad agravada con violación en concurso real”. 2. Copia de la sentencia pronunciada por la Corte en esa causa. 3. El expediente P-76.006/09 caratulado “Comp. De autos P-39.175/07”, originario de la Fiscalía de Instrucción N° 17 de la

UFI especial N° 6, radicado en la entonces 7° Cámara del Crimen. 4. Versión taquigráfica de la audiencia de debate en autos 39.175/07. 5. Los instrumentos obrantes en esa causa a fs. 03. 06, 08, 575/579, 643, 1551, 706, 12, 24/26, 189/214, 251, 253, 265, 267, 272, 274, 337, 348/349, 425, 566, 568, 598, 618, 636/642, 661/669, 847/848, 1020/1023, 1120/1121, 1142/1143, 1171, 2241, 2311, 2328/2357, 2431, 2434, 2507, 2707, 2739, 2750/2754, 2784, 2819, 2821, 2828, 2854, 2872, 2878, 2890, 2891, 2905, 2911, 2930, 2933/2934, 2935, 2938, 3003, 3006, 3044, 3051, 3052, 3054, 3064, 3112/3113, 3139, 3154, 3197/3198, 3204, 3210, 3215, 3432/3434. 6. El expediente original donde se investigaron los hechos N° 39.175/07 y la compulsa 76.006/09. 7. El expediente 7952/08 de la UFI Las Heras. 8. Para el caso en que no se haga lugar a la absolución en la Corte y eventualmente tenga lugar un nuevo debate, ofrecen los testimonios de

3.- Dictamen de la Procuración General

En oportunidad de emitir su dictamen (fs. 172/173), el Fiscal Adjunto Penal de la Procuración General indica que el recurso de revisión no resulta formalmente procedente, razón por la que debe ser rechazado.

Preliminarmente, señala que el motivo de revisión no sería el previsto en el **inc. 4 del art. 495 del CPP, sino el contemplado en el inc. 1 del mismo artículo**, que habilita el estudio del recurso cuando «los hechos establecidos como fundamentos de la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable».

Al respecto, manifiesta que el planteo defensivo es prematuro, pues no puede afirmarse válidamente que los hechos sobre los que se dictó la condena de Alejandro Prádenas resulten inconciliables con los fijados por otra sentencia penal, la que se pronunció en los autos P-76.006/07.

En este sentido, destaca que el progreso de la revisión intentada en esta oportunidad depende de la decisión que se adopte en el marco de los autos P-76.006/09, «Fc/Duarte, Ramón Osvaldo p/abuso sexual seguido de muerte y Reina, Marta Silvia p/partícipe secundaria del delito de abuso sexual seguido de muerte».

Ello, toda vez que la revisión ha sido planteada con base en elementos de prueba contenidos en ese expediente, marco en el que el proceso no ha finalizado aún pues la sentencia dictada por la entonces Séptima Cámara del Crimen ha sido anulada por esta Suprema Corte de Justicia, y devuelta para la realización de un nuevo juicio.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Puesta a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar el recurso de revisión planteado por la defensa de Alejandro Patricio Prádenas Araya contra las sentencias condenatorias pronunciadas por la Quinta Cámara del Crimen y por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en los autos P-39.175/07.

Esta solución es consecuencia de que, tras analizar las sentencias impugnadas, las nuevas pruebas invocadas por la defensa y los argumentos en que se basa el recurso de revisión, considero que las conclusiones sobre los hechos que se tuvieron por acreditados en las resoluciones atacadas no logran ser

conmovidos por los argumentos de la defensa. Seguidamente, explicaré las razones que me conducen a esta conclusión.

En este sentido, comenzaré con un breve repaso de los alcances e implicaciones del control que esta instancia puede llevar adelante en el recurso de revisión (1).

Luego identificaré las pruebas que fueron decisivas para la Quinta Cámara del Crimen y la Suprema Corte de Justicia –con diversa integración– para condenar a Prádenas (2.a) y me ocuparé de deslindar aquella parte del acervo probatorio que cumpliría las exigencias del art. 495 inc. 4 del CPP, es decir, aquellos elementos que serían sobrevinientes (2.b).

Tras ello, explicaré de qué manera los nuevos elementos de convicción referidos en el recurso no logran conmover los hechos que fundamentaron la condena impuesta (3).

1.- En primer lugar, cabe señalar que el recurso de **revisión constituye una vía recursiva de excepción**, reservada para supuestos especiales taxativamente enumerados en la norma procesal, cuando se constaten en forma directa los motivos que lo justifican.

Conforme a la finalidad a la que responde, y en tanto está dirigido a atacar la estabilidad de la cosa juzgada, se trata de una impugnación cuyo alcance debe interpretarse de manera restrictiva (véase **«García, Marcelo», «Cecchi Alonso», «Centorbi, Luis», «Agüero, Alexis», «Nievas, Ricardo», «Barros Soto» y, recientemente, «Fernández Rosales»**).

Ello por cuanto tanto la sentencia que se ataca mediante recurso de revisión, como los hechos fijados en ella, gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ceder ante nuevos hechos y pruebas que detenten un efecto convictivo suficiente para conmover la estabilidad de la cosa juzgada (véase **«Centorbi, Luis»**).

En relación con el motivo de revisión previsto en el inciso 4 del art. 495 del CPP –esto es, cuando «después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable»– este Tribunal ha sostenido que los hechos y pruebas nuevas en que se asienta el recurso deben ser «[...] dirimientes por sí mismos o por su vinculación con las pruebas ponderadas por el tribunal de juicio, lo que ocurre si cuentan con aptitud lógica y valor convictivo para mutar la certeza positiva de la sentencia condenatoria, tanto respecto de la existencia del hecho de acuerdo a las particularidades en que fue fijado, cuanto de la participación del imputado [...]» (véase «Cecchi Alonso»).

A partir de estas consideraciones es posible ingresar en el tratamiento del recurso de revisión planteado por la defensa de Alejandro Prádenas: debe tenerse presente que en su oportunidad sus defensores solicitaron que su condena, impuesta por la Quinta Cámara del Crimen, fuera revisada.

Es decir, plantearon un recurso de casación para que hubiera un **«doble conforme»** respecto de su responsabilidad penal.

Ese doble examen garantizado convencionalmente fue realizado por esta Sala Segunda –con diversa integración–, y la condena de Alejandro Prádenas fue confirmada y, posteriormente, adquirió firmeza.

Dicho en otras palabras, que Prádenas fue el autor de los delitos que se le atribuyeron es «cosa juzgada», y el recurso de revisión que se resuelve en esta oportunidad requiere de un sólido sustento fáctico para motivar la revocación de tal condena.

Sustento que, a mi juicio, no se avizora en este caso. Por eso, tal como anticipé, considero que en la presente causa las nuevas pruebas a las que alude la defensa en su impugnación no logran conmover la condena dictada en relación a Alejandro Patricio Prádenas.

2.a.- Ahora bien, para comprender qué pruebas fueron decisivas en el razonamiento que condujo a la entonces Quinta Cámara del Crimen a considerar acreditada la privación ilegítima de libertad de M.P.R. por parte de Alejandro Prádenas, conviene repasar las conclusiones de la valoración probatoria contenida –en lo pertinente– en la sentencia N° 2.514 de ese Tribunal.

En este sentido, la sentencia de la Cámara del Crimen concluyó que «... puede afirmarse que la menor [M.P.R.] volvió del colegio ..., en compañía de K. R. y de su mamá M.C. R., que se quedó un rato en la casa de estas, y cuando decide irse a su casa la señora R. la acompaña hasta mitad de cuadra, y ve que dobla. K., por su parte, que estaba afuera jugando con su amiga A., ve que el señor Alejandro Prádenas la agarra del brazo y la introduce en su casa. Ella se introduce en la misma, y mientras la familia Prádenas permanecía en el patio de la vivienda, ella por la mirilla de la cerradura de la puerta del baño observa al señor Alejandro Prádenas colocando unas inyecciones a su amiga Al ver que ellos iban a salir del baño, K. se esconde bajo la cama matrimonial del dormitorio del señor Prádenas, a donde es llevada [M.P.R.] y atada a la misma, ante esto, K. como observa que la familia está dentro de la casa pero en otro dormitorio, viendo televisión, en el momento en que ellos estaban distraídos, logra salir de la vivienda. Por otra parte, la señora M. R., ya había concurrido a la casa de los R., a preguntar por su hija que no había regresado, después de decirle la señora R. que la había acompañado [a su hija] a mitad de cuadra y la había visto doblar en dirección a su casa, ésta vuelve a su hogar y al relatarle a sus hijos J. y V. dicha circunstancia, J., que había presenciado en la mañana de ese día que el señor Prádenas llamaba a [M.P.R.] cuando ella junto a sus hermanos se dirigían al supermercado, inmediatamente pensó que había logrado su objetivo el señor Prádenas, y que [M.P.R.] se encontraría en la casa de él. Razón por la cual se dirigieron a la casa de Alejandro, fueron atendidos por éste, quien les negó tenerla, insultándolos y cerrándoles la puerta. Ante esto, la señora R., se dirige junto a su hija J. a la Comisaría Sexta, obteniendo por respuesta que debía pasar 24 hs. antes de colocar la denuncia, y que si la tenía su padre “no le iba a pasar nada”. No obstante ello, comisionaron al oficial Bustos para que junto a la señora R., fueran hasta el domicilio de Alejandro Prádenas quien las atendió en la puerta, negando que tuviera a [M.P.R.], y produciéndose insultos entre Prádenas y R., por lo que la oficial Bustos, claramente expuso que no entró al domicilio porque ella estaba sola, a cargo del móvil, se insultaban entre Prádenas y R., por lo cual sin una orden, no hubiera entrado. Al día siguiente, en horas de la madrugada, tal como ha quedado demostrado por el libro de Novedades y el informe del Ministerio de Seguridad, se produce un hecho en la casa de Alejandro Prádenas, donde V. R. dice que rompe un vidrio de la ventana del dormitorio del señor Alejandro Prádenas, corre la cortina y ve a [M.P.R.] atada en una silla, quien se encontraba con una voz rara y le pide auxilio. Ante la desesperación, le empieza a golpear la puerta al señor Prádenas y luego se trepa al techo. Alejandro Prádenas, por su parte, llama a la policía, la que concurre al lugar y baja del techo al señor V. R., éste, intenta pegar a la policía y logra correr hasta su domicilio, lugar hasta donde llega la policía y les manifiesta lo que ha visto, pero éstos no le creen. Se produce otro segundo hecho, donde V. rompe el vidrio de la

puerta principal y también es llamada la policía pero en este caso, por la señora de Prádenas quien le dice a la policía que su marido ha ido a poner la denuncia y que le están rompiendo los vidrios de la ventana. De estos hechos, existen constancias a fs. 1759/1760, donde glosa el expte. de la denuncia y en el que solo se hace constar por parte del señor Alejandro Prádenas, la rotura del vidrio superior de la puerta y de los abollones que ésta presentaba, la que se realiza con fecha 12 de mayo. La oficial Bustos, como ha quedado acreditado, es la que realiza la comprobación de los daños y confecciona el croquis ilustrativo. Manifiesta la misma, que ella no fue el día 12 de mayo a las 20 horas, como figura en el acta de inspección ocular del expte. agregado a autos, sino que fue el día lunes en horas de la mañana y sólo comprobó los daños que el señor Prádenas había denunciado. Evidentemente, omitieron el daño de la ventana porque esto era lo que no hacía creíble lo manifestado por el señor V.R.. Por otra parte, [...] lo manifestado por V. R. encuentra asidero en la logicidad de cómo logra ver a su hermana, lo que hace para verla, y su enojo para tratar de sacarla rompiendo otro vidrio y abollando la puerta de entrada de la casa del señor Prádenas. Ante el llamado policial, y habiéndolo denunciado el señor Prádenas a V. R., éste es citado en el expediente de mención y tal como ahí reza, guarda silencio. Obviamente V. R. se asusta ante la posibilidad de ir preso por los daños producidos, y por otra parte, la policía actuante, cree que se trata solamente de un problema entre vecinos, tal como se manifiesta en el informe del Ministerio de Seguridad donde se encuentran las desgrabaciones de los llamados telefónicos efectuados por Prádenas desde su domicilio, por lo que obviamente siendo un día sábado, deciden diferir la constatación de los daños y la inspección ocular, para el día lunes tal como nos relatara Bustos, ya que se trataba de un hecho delictivo de menor cuantía que hacía por las características de los llamados, de la denuncia, no creíble lo que V. R. decía haber visto, o sea, a su hermana [M.P.R.] atada en una silla en el interior el dormitorio matrimonial de Prádenas, iluminada por la luz del pasillo de la casa que estaba prendida, y que provocara obviamente, su enojo y el intento de introducirse en la casa por los techos. A esta clara testimonial, hemos comprobado que se corrobora con lo dicho por J. R., quien claramente en torno del hecho relata cuatro episodios, el primero, el de la mañana, cuando Prádenas llama a [M.P.R.], que le va a dar unas cosas para la escuela; el segundo, cuando a la tarde va a la casa de Prádenas este niega y los insulta; el tercero, cuando el sábado se entera por su hermano V. de lo sucedido que aún con el miedo que ella tiene, hasta la actualidad, y que fue notorio en la sala de debates, reconoce que su hermano le dijo que la vio; y finalmente el cuarto, que es el haber escuchado una conversación entre F. P. y su hermana M., donde la primera de ellas le relataba a su hermana que el papá de esta (Alejandro Prádenas), tenía a [M.P.R.] escondida en su casa. Además, el sábado a la noche, vio un auto que reconoció igual al de W.P. en las fotografías que se le mostraron, que dio varias vueltas por el barrio sin poder ver quien lo conducía».

«Estos dichos de V. y los hechos que se han analizado, se confirman en su totalidad por la testimonial de K. R., quien observa cómo Alejandro Prádenas la agarra del brazo a M. y la introduce en su casa ya que ella se encontraba jugando con A. en la esquina de la casa de Alejandro. La mamá de K. ve doblar a [M.P.R.], en la esquina en dirección a su casa, es ahí cuando la pierde de vista».

«La puerta de ingreso de la vivienda del imputado, se encuentra a la vuelta, o sea, la señora R. no pudo ver este hecho, sí en cambio, lo aprecia K. quien se encontraba en la esquina y puede ver cómo [M.P.R.] es introducida del brazo por la fuerza por el imputado al interior de la vivienda. Refiere además, K., que ella se introduce en la casa, la familia estaba en el patio y ve por la mirilla de la cerradura de la puerta del baño que el imputado le colocaba una inyección a [M.P.R.], y que al advertir que él la iba a sacar del baño, asustada, se esconde debajo de la cama matrimonial del imputado. Lo que es perfectamente posible

atento a la inspección ocular, las fotos que ilustran la misma y el tamaño de la menor K.». «Es ahí cuando la familia de Prádenas mientras K. permanecía debajo de la cama y [M.P.R.] atada arriba de la misma, se van al dormitorio contiguo a ver televisión hecho totalmente lógico ya que el Tribunal ha comprobado que en el mismo había un televisor y que según los dichos de F. P. que afirma que el televisor donde duermen ellos se lo han llevado a arreglar y que el otro está en el comedor según el Tribunal ha comprobado. En esta situación es cuando la menor K. cuando observa distraída a la familia (sic) y logra salir de la casa [...]» (expte. P-39.175/07, fs. 1843 vta./1844 vta.)».

La extensa transcripción realizada permite advertir que, entre las pruebas decisivas que consideró la Cámara del Crimen, se destacan las declaraciones de ... Por otra parte, la sentencia de esta Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia, con diversa integración, que hizo lugar al recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal y amplió la condena impuesta a Prádenas partió del supuesto de que la privación ilegítima de la libertad de M.P.R. se encontraba acreditada (expte. P-39.175/07, fs. 2037 vta.). A partir de ello, tomó en cuenta la teoría del caso de la acusación y valoró la edad de la niña víctima (según partida de nacimiento de fs. 1564 del expte. P-39.175/07), su concurrencia a la escuela especial ... (fs. 214, siempre del expte. P-39.175/07) y su discapacidad mental (fs. 241 y vta.).

También meritó los testimonios que prestaron en el debate Por su parte, tomó en consideración la declaración del acusado, Alejandro Prádenas; la pericia psíquica que se le realizó (fs. 546 y vta.), el informe de Policía Científica de fs. 111, así como la declaración de ... de fs. 919 (v. expte. P-39.175/07, fs. 2837 vta./2839).

Esas pruebas permitieron a esta Sala Segunda, con diversa integración, concluir que «[...] se acredita con certeza que el acusado Alejandro Patricio Prádenas Araya permitió que entre la tarde del día domingo 13 de mayo de 2007 y la madrugada del día lunes 14 de mayo de 2007, en hora no determinada, [M.P.R.] fuera trasladada por personas no individualizadas que no la cuidarían, desde el domicilio del imputado ubicado en ..., –donde la tenía privada de su libertad ilegítimamente y por la fuerza a partir de la tarde del día viernes 11 de mayo de 2007– hacia la zona de ..., porque no ingresó a su casa ninguna persona extraña a la familia y la víctima por la incapacidad que presentaba no podía manejarse por sí misma debido a las dificultades para organizarse temporo-espacialmente, quedando desamparada, sin posibilidades de ser ayudada y a merced de individuos que abusaron sexualmente de ella y le produjeron muerte por asfixia por sofocación, para luego arrojarla en un piletón de la bodega abandonada ubicada en calle ..., donde fue encontrada el día 17 de mayo de 2007, abusada sexualmente y sin vida» (expte. P-39.175/07, fs. 2839 vta.).

2.b.- Según considero, los elementos de convicción que no fueron conocidos por los tribunales que dictaron sentencia en los autos P-39.175/07, al momento, no afectan la situación de Alejandro Prádenas. En su impugnación la defensa alude tanto a elementos de convicción sobrevinientes a la condena de Alejandro Prádenas, como a pruebas que ya se encontraban a disposición de los tribunales que declararon su responsabilidad.

El marco de donde surgen esos elementos de convicción es –principalmente– la investigación llevada a cabo en los autos P-76.006/09, que comienza con una compulsión de los autos P-39.175/07.

De los elementos que menciona la defensa, la Quinta Cámara del Crimen y la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia tuvieron a disposición: 1) la declaración de Rita Pizarro, que vio a M.P.R. la noche del viernes 11 de mayo de 2007 y la mañana del sábado 12 de mayo de 2007 en el bar «El Tucho» con un sujeto «boliviano» y otro que describió como «canoso de pelo corto»; 2) las declaraciones de ... y las pericias psiquiátricas-psicológicas sobre esta última; 3) las constancias obrantes en el expte. P-76.006/09 (compulsa del expte. P-39.175/07) a fs. 03, 06, 08, 575/579, 643, 1551, 706, 12, 24/26, 189/214, 251, 253, 265, 267, 272, 274, 337, 348/349, 425, 566, 568, 598, 618, 636/642, 661/669, 847/848, 1020/1023, 1120/1121, 1142/1143, 1171 y 2241; y, 4) el expediente 7.952/08 de la UFI Las Heras. Mientras que los elementos de convicción posteriores a la condena serían: 1) el reconocimiento efectuado por parte de ... que identifica a Ramón Osvaldo Duarte como el sujeto «canoso» que tenía a M.P.R. junto con un sujeto «boliviano» en el bar «El Tucho», la noche del viernes 11 de mayo de 2007 y la mañana del sábado 12 de mayo de 2007; 2) el reconocimiento de ... como el sujeto «boliviano» que iba con mujeres a la bodega y que estaba en el bar «El Tucho» con Ramón Osvaldo Duarte; 3) el careo realizado entre ... y ..., del que surge que ... no habría visto a M.P.R. en la casa de Prádenas; 4) el examen de ADN que da cuenta de rastros de material genético de Duarte en las prendas de M.P.R.; 5) las pruebas que acreditan que existió contacto telefónico entre Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina en la época de la desaparición de M.P.R.; y, 6) la prueba instrumental obrante en el expte. P-76.006/09 a fs. 2311, 2328/2357, 2431, 2434, 2507, 2707, 2739, 2750/2754, 2784, 2819, 2821, 2828, 2854, 2872, 2878, 2890, 2891, 2905, 2911, 2930, 2933/2934, 2935, 2938, 3003, 3006, 3044, 3051, 3052, 3054, 3064, 3112/3113, 3139, 3154, 3197/3198, 3204, 3210, 3215 y 3432/3434. La pretensión de la defensa en esta instancia toma como base la acusación sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 3438/3454 de los autos P-76.006/09 en cuanto afirma que Ramón Osvaldo Duarte sería el autor del abuso sexual seguido de muerte de M.P.R. y que Marta Reina habría sido partícipe de ese delito porque habría sido quien entregó la niña a Duarte.

A partir de allí construye dos premisas: i) si los hechos ocurrieron de ese modo, Prádenas no pudo haber cometido los hechos que motivaron su condena; y ii) los nuevos elementos de convicción hacen necesario un nuevo mérito de la prueba en que se basó la condena de Prádenas.

Los argumentos que plantea luego la defensa pretenden dar soporte a estas dos alegaciones. Respecto de la primera, afirma que, si la niña M.P.R. estuvo con Ramón Duarte en el bar «El Tucho» el viernes 11 de mayo de 2007 y el sábado siguiente como sostuvo ..., entonces no habría podido estar privada de la libertad por Prádenas en su casa.

Resalta, en este sentido, que se realizó un nuevo examen de ADN que reveló la presencia de rastros genéticos de Duarte en las prendas que vestía la víctima, y que este dato, unido a la necropsia que ya había sido realizada, permite sostener que Ramón Duarte habría sido quien abusó sexualmente y mató a M.P.R. Esta posibilidad, además, se vería reforzada –entre otras razones– por el acta de matrimonio que acredita el vínculo entre Ramón Duarte y Marta Reina, relación que explica cómo el primero pudo acercarse a la niña y por qué la segunda mintió –pues ocultó ese vínculo– para perjudicar a Prádenas.

En cuanto a la alegación según la cual los nuevos elementos de convicción hacen necesario un nuevo examen de la prueba anterior, la defensa argumenta que: i) Marta Reina habría tenido interés en direccionar la investigación hacia Prádenas para evitar su propia responsabilidad y para encubrir a Ramón

Duarte, con quien mantenía la relación que negó en el juicio a Prádenas; ii) es discutible que Víctor Reina haya visto a M.P.R. en su casa por la ventana como declaró en el juicio, porque con posterioridad al sábado 12 de mayo de 2007 fue visto buscándola en otros lugares distintos a la casa de Prádenas; y iii) el relato de la niña ... –quien también declaró haber visto a M.P.R. en la casa de Prádenas– fue erróneamente valorado. 3.- En este punto es posible afirmar que los argumentos que plantea la defensa no resultan suficientes para revocar la condena de Alejandro Prádenas. Ello en razón de que las dos premisas que sustentan la pretensión de la defensa no pueden ser acogidas en esta instancia.

De tal manera: a) de la eventual responsabilidad de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina no se sigue, como argumenta la defensa, que Alejandro Prádenas no haya cometido los hechos que motivaron su condena; y, b) los nuevos elementos de convicción no hacen necesario un nuevo mérito de la prueba en que se basó la condena de Prádenas.

3.a.- En efecto, la eventual responsabilidad de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina en el abuso sexual y la muerte de la niña M.P.R. no impide que Alejandro Prádenas haya sido responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad y abandono de personas seguido de muerte.

Que existan numerosos elementos de convicción que permitan sostener como probable la responsabilidad de Duarte y Reina no conlleva –al menos, en este estado del proceso seguido contra ellos– que Prádenas no haya cometido los hechos por los que se lo condenó.

Según el Ministerio Público Fiscal, en la causa P-76.006/09 existen numerosos elementos que permiten sostener que Ramón Duarte abusó sexualmente y mató a M.P.R. Un examen sobre la decisión jurisdiccional que deslindaba la responsabilidad de Ramón Duarte y Marta Reina fue realizado por esta Sala Segunda, con diversa integración a la presente, en oportunidad de resolver una instancia de casación planteada por el Ministerio Público Fiscal en los autos P-76.0006/09 (CUIJ N° 13-02848990-5, sentencia del 02 de octubre de 2020), decisión a la que corresponde remitirse en lo pertinente en honor a la brevedad.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la eventual responsabilidad de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina en el abuso sexual y muerte de M.P.R. no es suficiente –al menos, no en el estadio procesal por el que transita la causa seguida contra aquéllos– para revocar la condena impuesta a Alejandro Prádenas. Ello en razón de que a los primeros se los acusa por el abuso sexual y la muerte de M.P.R.; mientras que a Prádenas se lo condenó por dos delitos sucedidos con anterioridad: haber privado de la libertad a la niña M.P.R. y haberla entregado a quienes luego la dañaron.

Se trata de hechos diversos y compatibles potencialmente entre sí, por lo que el grado convictivo que pueda ser alcanzado respecto de la intervención de Ramón Duarte y Marta Reina no impacta –reitero, en principio y atento al estado procesal por la que transita la causa P-76.006/09– sobre la condena de Ramón Duarte. Eventualmente, en caso de que se dictara una sentencia condenatoria respecto de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina, si los hechos que se tienen por acreditados en esa instancia resultaren incompatibles con aquellos por los que se condenó a Alejandro Prádenas sería de procedencia la revisión prevista en el art. 495 inc. 1 del CPP.

Esto en razón de que esa vía está prevista para los casos en que «[...] los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable». Tal

extremo no surge del recurso de revisión en tratamiento y, por eso, la impugnación no puede ser acogida en esta instancia.

3.b.- En segundo lugar, considero que tampoco es procedente la segunda argumentación propuesta por la defensa según la cual los nuevos elementos de convicción incorporados al proceso P76.006/09 hace necesaria una nueva valoración de las pruebas en que se fundó la condena de Prádenas en los autos P-39.175/07. Veamos.

Preliminarmente, debo señalar que la defensa ha construido su impugnación en base a elementos de convicción que, al momento, no han sido producidos en juicio.

Ello toda vez que, si bien se trata de evidencia que se produjo en el juicio llevado a cabo en los autos P-76.006/09 por la Séptima Cámara del Crimen, la sentencia pronunciada en consecuencia y el debate realizado fueron anulados por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, con diversa integración (ver al respecto, «**Duarte, Ramón**», CUIJ 13-02848990-5).

De manera tal que el sustento objetivo en que la defensa erige su crítica no se ha producido en el nuevo juicio que se ordenó realizar y, por lo tanto, no cuenta con un pronunciamiento judicial sobre los extremos que la defensa pretende que acredite.

A la luz de ello es que deben ser consideradas –a mi juicio– las alegaciones que ha realizado la defensa de Alejandro Prádenas.

Ahora bien, con esa base, la segunda pretensión defensiva consiste en afirmar que los elementos de convicción recabados en los autos P-76.006/09 hace necesario un nuevo examen de la prueba que dio lugar a la declaración de responsabilidad penal de Alejandro Prádenas. La principal razón de la defensa para sostener este argumento se sustenta en la relación que mantenían Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina.

En efecto, en el proceso en el que fue condenado Alejandro Prádenas, Marta Reina fue preguntada sobre este punto y negó haber tenido contacto con Ramón Duarte desde 1989. Según la defensa de Prádenas hay numerosas pruebas de que esa declaración es falsa. La principal prueba de ese vínculo es la copia del acta de matrimonio que ambos contrajeron el 30 de diciembre de 2004 y que fue agregada en los autos P-76.006/09 (fs. 2905/2906).

Además, el propio Ramón Osvaldo Duarte reconoció haberse vinculado con Marta Reina y haber «mantenido relaciones sexuales» con M.P.R. con la anuencia de su madre (fs. 3003/3005). El vínculo también surgiría del testimonio de Olga Galdys Duarte..., hermana de Ramón Osvaldo Duarte, quien declaró que éste conocía a M.P.R., que Marta Reina lo llamaba mucho y lo buscaba pues aparentemente mantenían una relación sentimental, y que Marta Reina le había dejado un papel debajo de la puerta con su número de teléfono, que decía «llamame» (P-76.006/09, fs. 2933/2934 vta.).

También la defensa de Prádenas destaca que ... –pareja de Marta Reina al momento de los hechos– declaró en los autos P-76.006/09 que Marta Reina y Ramón Duarte mantenían un vínculo y que habrían vivido juntos unos dos años antes del hecho (fs. 3052/3053 vta.).

A estos elementos agrega la defensa de Prádenas los registros telefónicos de Marta Reina y Ramón Duarte –originados en la causa P-39.175/07 y agregados a la compulsa P-76.006/09– que evidenciarían que la primera habría enviado mensajes de texto al segundo los días 11 de mayo de 2007 y 16 de mayo de 2007, es decir, el día de la desaparición de M.P.R. y el día anterior a su aparición sin vida, respectivamente (P-76.006/09, fs. 661/669).

Sin embargo, las declaraciones que Marta Reina prestó en los autos P-39.175/07 están reforzadas por otras pruebas en los puntos en que perjudica a Prádenas. En efecto, Marta Reina no declaró haber visto a M.P.R. en la casa de Prádenas, sino haber sospechado que éste la tenía y, en base a esa sospecha, haber realizado denuncias policiales y haber ido a su casa en compañía de un efectivo policial.

Estos extremos están reforzados por otras pruebas –como la declaración de la oficial policial que se presentó en la casa de Prádenas el viernes 11 de mayo de 2007, las denuncias realizadas, etc.– que no han sido tomadas en consideración por la defensa en su impugnación. Lo mismo ocurre con el tramo de la declaración de Marta Reina que justificaba su sospecha.

Ella dijo que la madre de la compañerita de M.P.R. le dijo que había seguido con la vista a la niña cuando se iba a su casa –la casa de Marta Reina– y que la había visto hasta que dobló la esquina, precisamente donde se encuentra la casa de Prádenas.

Esta declaración de Marta Reina se vio reforzada por la declaración de la madre de la compañerita, ..., y por la compañera misma, En definitiva, en los aspectos fundamentales en que la declaración de Marta Reina agravó la situación de Alejandro Prádenas, no se advierte una falsedad que haga procedente la revisión, pues se trata de aspectos reforzados con otras pruebas.

Lo mismo ocurre en relación con el testimonio de ..., hermano de la víctima, quien en el juicio seguido contra Prádenas declaró haber visto a su hermana, M.P.R., en la casa de Prádenas. La defensa sostiene que ... declaró falsamente, y asienta esta afirmación principalmente en la declaración de ..., quien dijo que con posterioridad al momento en que ... dijo haber visto a la niña en la casa de Prádenas, se presentó en su casa preguntándole si M.P.R. estaba allí y, al ver que no estaba, también dijo que sospechaba que la tuviera Ramón Osvaldo Duarte.

Esta situación motivó que en los autos P76.006/09 se realizara un careo entre ... y ... pues, si éste había visto a la niña en la casa de Prádenas, no quedaba claro por qué había seguido buscándola en otros lugares. Lo cierto es que ... brindó una explicación para esta situación, y dijo que siguió buscando a M.P.R. en otros lugares pues creía que habían trasladado a M.P.R. desde la casa de Prádenas a otro lugar (autos P-76.006/09, fs. 3197/3198).

Dicho en otras palabras, la nueva prueba –que consistiría en el careo realizado y en las declaraciones prestadas por ...– no sería suficiente para motivar la revisión de la condena de Alejandro Prádenas. En cuanto a las críticas que la defensa realiza en relación con la declaración de ..., debe señalarse que el recurso de revisión –en ese punto– se limita a reiterar las críticas que efectuó la defensa en oportunidad de interponer recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Quinta Cámara del Crimen, alegaciones que ya fueron tratadas por esta Sala Segunda, con diversa integración, y que carecen de relevancia para la suerte del recurso de revisión.

Por último, la declaración de ... tampoco constituye una prueba nueva que pueda beneficiar a Alejandro Prádenas. El razonamiento de la defensa sostiene que esta testigo declaró haber visto a M.P.R. en el bar donde trabajaba –«El Tucho»– el viernes en que desapareció la niña y el sábado siguiente.

Y, en los autos P-76.006/09, reconoció en rueda de personas a las personas con las que estaba la niña. Una de ellas era Antonio Herrera (a quien se había referido en el juicio realizado en autos P-39.175/07 como «el boliviano») y la otra era Ramón Osvaldo Duarte.

Si esto es así, razona la defensa, quienes privaron de libertad a la niña fueron personas distintas a Prádenas: si estaba con Herrera y Duarte, no podía estar simultáneamente con Prádenas. Sin embargo, el argumento no resulta suficiente –a mi juicio– para revocar la condena impuesta a Alejandro Prádenas. Ello por dos razones.

En primer lugar, porque las premisas fundamentales de la declaración de Pizarro ya eran conocidas por la Quinta Cámara del Crimen, de modo que no se trata –estrictamente– de «nueva prueba». Lo nuevo consistiría en los reconocimientos realizados, que descartan que la niña pudiera haber estado con Prádenas en el bar, pero el hecho central de la declaración –esto es, que la niña habría estado en un lugar distinto a la casa de Prádenas– ya era conocido por aquel tribunal.

En efecto, en el debate realizado en autos P-39.175/07 Pizarro dijo que había visto a la niña M.P.R. en el bar «El Tucho» el viernes «de la semana anterior», cerca del mediodía (v. autos P39.175/07, fs. 1833). En esa oportunidad dijo que vio a la niña con dos sujetos, uno que era conocido por ella porque lo había visto en la bodega abandonada donde ella vivía (y donde fue encontrada sin vida M.P.R.) y otro desconocido, «cuarentón», de pelo canoso corto, que «andaba en un auto como un Renault 12».

El sujeto conocido por Pizarro había saludado a su hija de menos de cuatro años, siempre iba a la bodega con chicas y una vez le ofreció cosas para que ella se acostase con él. Según Pizarro, el hombre se veía de más de treinta años, «como boliviano», morocho, alto, de pelo con «cubata» y el día que estaban en el bar se fue con la nena en un remise, con una bolsa negra.

El otro sujeto se había ido en un auto viejo medio manchado. La testigo también declaró, en aquel juicio, que el miércoles o jueves volvió a ver a la nena, ahora en la bodega, que se puso a jugar con ella y vino el señor nuevamente y se la llevó. Y aclaró que, si el viernes la había visto «bonita», en la segunda oportunidad la vio con la misma ropa, mal vestida, sucia y siendo tironeada por el sujeto para llevársela, y que cuando le habló, la notó desorientada y le dijo que tenía a un tío cerca (v. autos P-39.175/07, fs. 1833).

En segundo lugar, las declaraciones de Pizarro no son suficientes para hacer lugar al recurso pues esta testigo reconoció en los autos P-76.006/09 (los mismos que la defensa toma como referencia para justificar la revisión) que mintió en numerosas oportunidades desde el comienzo mismo de la investigación –pues fue una de las personas que denunció haber encontrado el cuerpo sin vida de M.P.R. en la bodega abandonada– (expte. P-76.006/09, fs. 3044 vta.).

En definitiva, encuentro que los nuevos elementos de convicción que invoca la defensa no permiten concluir que evidentemente los hechos que se atribuyeron a Alejandro Patricio Prádenas no hayan existido, o no hubieran sido cometidos por él.

Por un lado, la posible responsabilidad de Ramón Osvaldo Duarte y Marta Reina no es incompatible con la de Prádenas, al menos tal como ha sido acusada en los autos P-76.006/09. Se trata de hechos y delitos distintos, de modo que en este estado las pruebas nuevas atingentes a demostrar esa responsabilidad en nada impactan en la condena de Prádenas.

Eventualmente, si una sentencia condenatoria firme declarase la responsabilidad penal de Duarte y Reina por hechos incompatibles con los que se consideraron acreditados respecto a Prádenas, queda a éste la posibilidad de interponer el remedio procesal pertinente.

Por otro lado, la defensa no ha logrado demostrar que las pruebas que fundamentaron la condena impuesta a Alejandro Prádenas contengan premisas falsas en los aspectos decisivos para considerar acreditados los hechos que se le adjudicaron.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de revisión planteado por la defensa de Alejandro Patricio Prádenas. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Gómez y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO R. GÓMEZ y DALMIRO GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO R. GÓMEZ y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO R. GÓMEZ y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de revisión planteado por la defensa de Alejandro Patricio Prádenas Araya en autos (art. 495 y ss. del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a efectos de su acumulación con los autos P- 39.175/07.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DR.
JULIO R. GOMEZ Ministro

22- ARANDA MOYANO. ALANIZ LOPEZ. 25-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	EGT	A	R	CR	-	-	-	-	474 -2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=690>

Lex: Art. 80, inc. 7°, 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Tentativa. Valoración probatoria. Arma de fuego.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** como autor del delito de homicidio agravado criminis causae en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80, inc. 7°; 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP).

La **defensa** interpone recurso sosteniendo que el sentenciante ha valorado erróneamente las pruebas y que no se han aplicado las reglas de la sana crítica racional.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°1400 pronunciada por el TPC N° 2- 1° C.J.

Precedentes citados

a-SCJM

- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf

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

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05678106-9/1((018602-17023)) FC/ ARANDA MOYANO ARIEL PAULO, ALANIZ LOPEZ RICARDO GABRIEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (17023) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105861926*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05678106-9/1 caratulada "F. C/ ARANDA MOYANO, ARIEL PAULO Y OT. P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA EN GRADO DE TENTATIVA ... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Ricardo Gabriel Alaniz López interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.400, mediante la que fue condenado a la pena de dieciséis años de prisión como autor del delito de homicidio agravado criminis causae en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80, inc. 7°; 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-17.023/18. En virtud de esa resolución también se declaró su reincidencia, de acuerdo a lo establecido por el art. 50 del CP.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado por entender acreditado que «[...] el día 23 de febrero de 2018, siendo aproximadamente las 22:20 horas, Pablo Ariel Aranda Moyano y Ricardo Gabriel Alaniz López, ingresaron al local comercial denominado "Estación Sexta" ubicados en calles, en momento en que Pablo Aranda [...] se queda en la puerta de ingreso del local y exhibiendo un arma de fuego la cargó y manifestó "tírense al piso, esto es un asalto". Allí Ricardo Alaniz se dirigió hasta donde se encontraba la víctima J E P, agente penitenciario que se encontraba como cliente en el lugar, quien extrajo su arma reglamentaria para repeler el hecho, acción que es advertida por Alaniz quien se le tiró encima y al mismo tiempo se produce un intercambio de disparos entre [...] Aranda y la víctima y en el forcejeo con Alaniz, Pérez perdió el arma la que es tomada por Aranda.

Finalmente ambos sujetos se dan a la fuga sustrayendo únicamente el arma de fuego del efectivo penitenciario, produciéndole cinco heridas de arma de fuego en distintas partes del cuerpo como así una lesión cortante en la cabeza» (fundamentos, fs. 1075).

Para así decidir, el sentenciante valoró la declaración de la víctima J E P y las declaraciones testimoniales de E M C, D A M, A A P, G Y D y W K G, los reconocimientos en rueda de personas, el informe practicado por la División Homicidios de la Dirección de Investigaciones de la policía de Mendoza agregado a fs. 475, la declaración del Dr. M M del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas; e inclusive el descargo formulado por el imputado en ejercicio de su derecho de defensa material y las declaraciones de los testigos de descargo.

2.- El recurso de casación de la defensa de Ricardo Alaniz López

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En ese orden, sostiene que el sentenciante ha valorado erróneamente las pruebas de autos y que no se han aplicado las reglas de la sana crítica racional, no habiéndose alcanzado el grado de certeza que se requiere para fundar una sentencia condenatoria.

Señala que si bien no cuestiona la materialidad del hecho, sí la autoría de su defendido y que el tribunal haya descartado su tesis por entender que existe un correlato entre la prueba producida y la versión fiscal, mediante argumentos genéricos que carecen de contenido real.

Desde ese aspecto, le llama la atención que el testigo J E P haya tomado conocimiento, por los dichos de una persona que no pudo identificar, que uno de los autores del hecho era un sujeto apodado «Camel», a quien buscó por la red social Facebook con ese nombre y pudo constatar que se trataba del acusado.

Asimismo, que luego de ver la imagen de Alaniz en la red social aludida, lo reconociera en rueda de personas. Entiende que existen varios elementos que el juez de sentencia no consideró.

Así: que existen varios sujetos con el mismo apodo; que el denunciante vio a Alaniz por imágenes y luego lo reconoció; que el denunciante no refirió que el autor le dijera durante el forcejeo «ya está encargado» sino hasta el momento del debate; y que durante el debate también dijo recordar que lo conocía de la Penitenciaría, aunque esa circunstancia nunca fue mencionada durante la investigación penal preparatoria.

Por su parte, la defensa de Alaniz cuestiona que se haya valorado como elemento de cargo contra su defendido que el coimputado Ariel Aranda Moyano haya admitido su responsabilidad en el hecho mediante la celebración de un juicio abreviado, lo que no debería incidir en el derecho que tiene Alaniz para probar su inocencia en un debate oral y público.

Finalmente, considera desacertado que no se haya dado crédito a los dichos de los testigos ofrecidos por la defensa –S B, Y F y A V– por haber incurrido en contradicciones que la impugnante considera sin importancia y lógicas, en razón del tiempo transcurrido entre la fecha del hecho y la realización del debate.

En ese orden, también se agravia de las consideraciones que el juez hizo en relación al clima en el día de los hechos para descreer de los testigos de descargo, en tanto no resulta extraño que para aquella fecha –28/02/2018– haya habido buen clima y que, a pesar de la lluvia, se haya podido estar con ropa liviana y que lloviera en algunos lugares y en otros cercanos, no.

En función de lo expuesto, entiende que la resolución atacada es arbitraria pues no se ha plasmado cómo el tribunal de juicio ha alcanzado el grado de certeza requerido para fundar la condena impuesta, por lo que solicita se haga lugar al recurso y se absuelva a Ricardo Gabriel Alaniz López del delito que se le atribuye. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente.

Ello, por entender que la recurrente, más que demostrar vicios y arbitrariedad en la sentencia atacada, expresa su discrepancia con la interpretación dada al plexo probatorio por el juez de la instancia previa, que lo condujo a tener por acreditada con certeza la coautoría de Alaniz López en el hecho investigado.

Asimismo, considera que la sentencia se encuentra sólidamente fundada y que el juzgador efectuó un detallado análisis de la prueba reunida, por lo que debe confirmarse la totalidad del acto sentencial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los agravios formulados en el recurso de casación deducido en favor de Ricardo Gabriel López Alaniz, considero que, conforme se explicará a continuación, la impugnación deducida debe ser rechazada.

Tal como surge del planteo recursivo, el tema central a dilucidar en esta instancia gira en torno a la valoración probatoria efectuada por el tribunal de juicio.

Concretamente, la recurrente cuestiona: el reconocimiento en rueda de personas efectuado por la víctima J E P; la ponderación del juicio abreviado llevado a cabo respecto del coimputado Ariel Aranda; y el nulo valor convictivo otorgado por el sentenciante a las declaraciones de los testigos de descargo. No obstante, entiendo que ninguna de las falencias denunciadas se verifica en la fundamentación del juez de la instancia anterior.

En efecto, la recurrente sostiene que de los elementos de prueba incorporados a la causa no surge con el grado de certeza que su defendido haya sido uno de los autores del hecho.

En ese sentido, expresa que el señalamiento que la víctima efectuó en el reconocimiento en rueda de personas se encuentra contaminado por haber visto previamente al acusado en la red social Facebook, que existen varias personas con el apodo «Camel» además de su defendido y que resulta sospechoso que recién durante el debate haya recordado que conocía a Alaniz de la Penitenciaría, donde la víctima trabaja. Sin embargo, tal como surge de los fundamentos impugnados, todos estos planteos han sido debidamente refutados por el sentenciante, basándose principalmente en la circunstancia de que Alaniz López fue individualizado de manera categórica por su fisonomía y por los tatuajes que el acusado posee en su cuerpo.

En ese orden, el juez de sentencia afirmó que la víctima J E P, mediante una exposición «sincera, clara, precisa, sin atisbos de parcialidad», manifestó que «Alaniz ingresó con campera negra y peluca con rulos, y que esta última quedó tirada en el lugar.

Refirió que luego del forcejeo, aquél terminó con el torso desnudo y le vio un tatuaje en el pecho que era “como un tribal con forma de guadaña”, lo que se encuentra corroborado con la declaración efectuada por el testigo A A P y por el informe de la División Homicidios de la Dirección de Investigaciones de la Policía de Mendoza agregado a fs. 475 de autos (fundamentos, puntos 3, 4 y 9).

En otras palabras, más allá de que varias personas puedan tener el mismo apodo que el acusado, esa circunstancia no fue la dirimente para que el tribunal de juicio tuviera por acreditada su intervención de en el hecho investigado, sino los particulares tatuajes que Alaniz posee en su cuerpo y que fueron advertidos por los testigos en esa oportunidad.

Asimismo, no puede soslayarse que existen en estas actuaciones tres reconocimientos positivos –los realizados por J E P, A A P y M A M– en los que se señaló a Alaniz López como una de las personas que ingresó al local de comidas.

Y «si bien en la grabación incorporada como prueba instrumental se aprecia con claridad la secuencia del asalto, resulta imposible identificar los rostros de los autores», por lo que se «elimina la posibilidad de considerar que los testigos hayan reconocido a los delincuentes por la imagen que pudieron haber tenido en caso de haber visto la grabación con anterioridad», tal como sostuvo el juez en los fundamentos bajo estudio (ver al respecto apartado octavo).

En cuanto a la mención que hiciera recién durante el debate la víctima J E P respecto a haber conocido al acusado de la Penitenciaría provincial, cabe señalar que ninguna trascendencia puede serle atribuida en virtud de las consideraciones precedentes.

Así, no surge de las presentes actuaciones que el testigo haya tenido algún especial interés en sindicar al acusado como autor del hecho y que haya mantenido oculto ese conocimiento de manera intencional puesto que, de ser así, podría no haber manifestado nada aún en el debate oral y público.

A ello cabe agregar que existe otro elemento que corrobora la intervención de Alaniz López en el hecho y que debe ponderarse de manera conjunta con los reconocimientos positivos y la coincidencia del tatuaje que el acusado posee en su cuerpo y el que observaron los testigos durante los acontecimientos investigados, esto es, que la sobrina de Alaniz era pareja de Pablo Ariel Aranda Moyano, quien fuera condenado por ser coautor de los mismos hechos atribuidos a Alaniz López.

Si bien esta circunstancia por sí sola no resulta dirimente para atribuirle responsabilidad a este último, sí debe ser ponderada como un indicio de su participación, en tanto da cuenta del vínculo existente entre ambos, y valorada de modo integral con el resto de los elementos de prueba incorporados, tal como lo hizo el sentenciante. En virtud de ello, entiendo que los agravios analizados no pueden prosperar en esta instancia.

En lo que concierne a la valoración que el juez de la instancia previa efectuó del juicio abreviado celebrado por el coimputado Ariel Paulo Aranda Moyano, aceptando su responsabilidad en el hecho que también se le atribuye a Alaniz López, considero que no ha resultado determinante para fundar la condena que aquí se cuestiona.

En efecto, aún cuando el sentenciante haya emitido valoraciones respecto de aquel procedimiento especial, lo cierto es que tuvo por acreditada la coautoría de Alaniz López en los hechos objeto del proceso basándose, principalmente, en las declaraciones de la víctima y testigos presenciales, en la contundencia de los tres reconocimientos en rueda de personas y en el informe de la Policía de Mendoza del que resultó que, efectivamente, el acusado poseía en su cuerpo los tatuajes observados por los testigos durante el asalto.

Los demás elementos de prueba incorporados a la causa, tales como videograbaciones de las cámaras de seguridad del local de comidas y los elementos secuestrados, y otras constancias de autos –entre ellas, el juicio abreviado aludido– sólo han servido para corroborar y reforzar el valor convictivo que deriva de los primeros.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 401, inc. 3 del CPP en tanto se autoriza la lectura en el debate de actas o documentos, a pedido del Fiscal o las partes, de «[l]as declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieran como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo».

De tal manera, no es posible cuestionar la valoración de información legítimamente obtenida y legalmente autorizada su utilización (ver al respecto mi voto en el **precedente «Prieto Franco»**), sobre todo si esa información no ha sido valorada más que como un indicio, tal es caso de autos respecto de la aceptación de los hechos en el juicio abreviado celebrado en relación al coimputado Aranda Moyano. Es por ello que esta crítica también debe ser desestimada.

Por último, tampoco advierto ninguna falencia en el modo en que el sentenciante valoró las declaraciones brindadas por los testigos ofrecidos por la defensa, al sostener que las mismas no resultaron suficientes para corroborar la hipótesis defensiva y que, en consecuencia, no lograron conmovir la prueba de cargo existente contra Alaniz López.

En tal sentido, el juez consideró que, si bien los testigos C P, S B, Y F y A V coincidieron en que el día 23 de febrero de 2018 concurrieron a la casa de la madre de Alaniz por su cumpleaños, no se encuentra corroborado que ese día haya sido el cumpleaños de aquella y existen divergencias esenciales en las declaraciones de los testigos.

Así, no coincidieron en el lugar de la casa en que se celebró el cumpleaños, ni en la permanencia de Alaniz en el evento; y sostuvieron –sin perjuicio de las discrepancias respecto del lugar exacto– que se había hecho la celebración al aire libre, a pesar de que en autos quedó acreditado que fue una noche de lluvia. Todas esas circunstancias condujeron al sentenciante a ponderar como inverosímiles sus testimonios, razonamiento en el que no se advierte ninguna arbitrariedad.

No pasa inadvertido que la recurrente sostiene que para la fecha del hecho puede haber habido buen clima y que cuando llueve en algunos lugares, puede no ocurrir lo mismo en otro sitio.

Sin embargo, estas afirmaciones no encuentran asidero en las constancias de la causa, donde ha quedado claro que la noche en que se produjeron los hechos llovió de tal manera que «dentro del local comercial habían puesto un balde porque caía agua de una gotera, [...] que se derramó porque los autores lo patearon», tal como relataron los testigos y consignó el sentenciante (fundamentos, apartado catorce).

A ello cabe agregar que si llovía en el local donde se produjo el asalto es altamente probable que también lo mismo ocurriera en la casa de la madre del acusado, puesto que «no es mucha la distancia que existe entre [ambos] domicilio[s]» (fundamentos, apartado dieciséis).

De tal manera, difícilmente haya podido celebrarse el cumpleaños en un espacio abierto de aquella vivienda, como acertadamente sostuvo el juez de la instancia previa.

Conforme lo expuesto, advierto que la crítica de la recurrente sólo obedece a una interpretación de la prueba diversa de la efectuada por el tribunal de juicio, fundada en el rol procesal que ostenta pero insuficiente para desvirtuar el razonamiento de aquél.

En definitiva, considero que la resolución impugnada se encuentra debidamente fundada y que en ella se ha efectuado una correcta valoración de los elementos de prueba incorporados, de acuerdo a los principios que rigen la sana crítica racional, sin que se verifique ninguna falencia que amerite su revocación.

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

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1082/1087 de estos obrados por la defensa de Ricardo Gabriel Alaniz López y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.400, dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial.

2.- Tener presente la reserva del caso federal.

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

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

23- ACUÑA. 07-12-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

Lex: Art. 80 inc. 1° y último párrafo del CP. Art. 40 y 41, 41 bis del CP.

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Circunstancias extraordinarias de atenuación. Nulidad infundada. Orden de secuestro. Rechazo de exclusión probatoria. Veredicto no arbitrario. Juicio por jurado. Veredicto de culpabilidad. Determinación de la pena. Planteo infundado. Acceso a la doble instancia. Deber de investigación en VG.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión** por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación agravado por el uso de armas (art. 80 inciso 1° y último párrafo y art. 41 bis del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación por errónea aplicación del art. 80 inc. 1 en su tipo subjetivo - dolo eventual- y a los arts. 40 y 41 del CP por mensuración errónea o desproporcionada de la pena. Asimismo, plantea nulidad por incorporación de elementos probatorios al debate por falta de orden de secuestro y la exclusión de testigos en orden al art. 416 inc. 3 del CPP. También acusa veredicto arbitrario por apartamiento de las pruebas y la existencia de un estado de duda razonable en favor del acusado. Considera aplicado erróneamente el concepto de proceso adversarial y acusa falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1198, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Huerta
- Farías Pereyra
- Di Santo, Giovanini
- Pizarro Molina
- Aguilar Lucero
- Petean Pocoví. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Mopardo Dupoux. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Córdoba Jorge Antonio.
- Zapata Ojeda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=31>
- Luna Cisterna. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLuna.pdf
- Giménez Chandía. 23-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201023_FcGimenez.pdf
- Castro, Luis Sebastián. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- González.
- Abel Mendoza. 06-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf
- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es
- Velázquez Paíz vs. Guatemala. 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Los Niños de la Calle vs. Guatemala. 19-11-99:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Zegarra Marín vs. Perú. 15-02-17:
<https://aidef.org/wp-content/uploads/2016/07/CASO-ZEGARRA-MARIN-VS.-PERU-SENTENCIA-FINAL-DE-15-02-2017.compressed.pdf>
- Norín Catrimán y otros vs. Chile. 29-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- Gorigotía vs. Argentina. 02-09-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf
- Mohamed vs. Argentina. 23-11-12.

c-CSJN

- Acosta. 04-05-2000:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4849201&cache=1692627409014>
- Bianchi. 27-06-02:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5217731&cache=1692625956437>
- Casal. 20-09-05.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692627736024>
- Canales. 02-05-19:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1692628417340>
- Tarditi. 16-09-08:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6530131&cache=1692664581847>

- Martínez. 17-03-09:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6637991&cache=1692664654346>
- Martínez Caballero. 09-12-09:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6776901&cache=1692664725570>
- Carrera. 05-06-12:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6921412&cache=1692664797458>

d- JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL (citadas en la obra BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés, «El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional», en colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa)

- “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá.
- Corte Suprema de Nueva Zelanda caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC
- Corte Suprema de Justicia de Canadá “R. vs. Biniaris”, [2000] 1 S.C.R. 381, voto preopinante de la jueza y jurista internacional Louise Arbour.

Doctrina citada.

PORTERIE, Sidonie y **ROMANO**, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho», en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y **ALVARADO**, Mariana, “Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137

FLEMING, Abel y **LÓPEZ VIÑALS**, Pablo; “Las Penas”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2009.

ZIFFER, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, 2° edición, Buenos Aires, 2005

GAIRIN SALLAN, Joaquín, «La Evaluación del Impacto en Programas de Formación REICE», Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, vol. 8, núm. 5, 2010, pp. 19-43, Red Iberoamericana de Investigación Sobre Cambio y Eficacia Escolar Madrid, España, en versión electrónica: <https://www.redalyc.org/pdf/551/55119084002.pdf>; consultado el 3/12/2021.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Garay. Llorente. Day. Adaro. Gómez. Plenario.

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05410680-1/1((028601-500747)) F. C/ ACUÑA VICTOR HUGO P/ HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (500747/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105586553*

En Mendoza, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo en pleno, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05410680-1/1 caratulada "F. C/ ACUÑA, VÍCTOR HUGO P/ HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (500747) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en la convocatoria a pleno quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: Primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. DALMIRO GARAY CUELLI; tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE; cuarta, DRA. M. TERESA DAY; quinto, DR. MARIO D. ADARO; y sexto, DR. JULIO R. GÓMEZ.

La defensa de Víctor Hugo Acuña formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.198 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de quince años de prisión por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación agravado por el uso de armas (art. 80 inciso 1° y último párrafo y art. 41 bis del Código Penal), en estos autos N° P-500.747/18.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada por la defensa condenó a Víctor Hugo Acuña a la pena de quince años de prisión a raíz de que el jurado popular constituido en autos, conforme a las previsiones de la ley 9.106, encontró al acusado culpable del hecho que se le atribuyó según una de las calificaciones que formaron parte de las instrucciones finales, esto es homicidio agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación agravado por el uso de arma de fuego. Conforme surge del alegato fiscal de apertura se acusó a Víctor Hugo Acuña del siguiente hecho: «[...] el 15 de abril del 2018 siendo aproximadamente las once treinta horas en la ciudad de General Alvear [...] [Lorena Segura] era una mujer joven, madre de Benjamín, quien al momento del hecho estaba presente, ejemplar, trabajaba como ama de casa y docente [...] estudiaba [...] y a su vez de ser una mujer que amaba al acusado y que amaba a su hijo [...] también dedicaba, generalmente los sábados, a dar lecciones bíblicas en una iglesia evangélica a la cual pertenecían». «[Se] habían casado con el acusado en el 2012. Con el transcurso del tiempo, la relación empezó a desmoronarse [...] cuando el imputado se introdujo en la vida del juego [...] asistiendo al casino con frecuencia [...] y eso generó lógicamente y con plena justicia el reclamo de Lorena. (v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, 03/08/2020/mañana, 0004, minuto 00:06:39 en adelante; 0005, minuto 00:00:16 en adelante). Acuña es un policía, no es un delincuente común que comete delitos [...] pero que en un momento de su vida, ese 15 de abril en la mañana, ante los reclamos de su esposa, justos reclamos porque había llegado de jugar más de las tres de la mañana [...] decidió lo que ni ningún policía debe hacer, tomar el arma de fuego reglamentaria por el Ministerio de Seguridad exclusivamente para defensa de la vida, por razones de seguridad [...] la tomó

en el medio de una discusión con su esposa, la sostuvo por varios minutos, la cargó teniendo el cargador puesto con municiones, un arma de fuego con un poder ofensivo muy grande [...] una 9 mm que produce muchos daños y que él lo sabe, porque todo policía lo sabe, porque todo policía recibe instrucciones como tal y lo sabe y es su obligación manejarla adecuadamente [...] (v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, 03/08/2020/mañana, 0005, minuto 00:01:16 en adelante), cometió un acto gravísimo [...] él la sacó y la usó». Continuó diciendo, «[Nosotros] sostenemos que él quiso manipular a su esposa fingiendo, como muchas veces lo hizo, diciendo que se iba a quitar la vida [...] tomó la decisión de disparar el arma por primera vez.

Es muy probable que, en un forcejeo con su esposa, le haya querido arrebatar el arma. Sin embargo al escuchar el fuerte estruendo que genera un disparo ... en una habitación chica y cerrada, generó instintivamente el movimiento involuntario o reflejo de la mujer, de Lorena de apartarse [...] de distanciarse ante el primer disparo y él, sabiendo que no debe introducir el dedo en el gatillo, sostuvo nuevamente el dedo en el gatillo y le impactó a la altura media infraclavicular el segundo disparo, ingresó en la parte inferior de la clavícula, le atravesó los dos pulmones y pasó el cuerpo de la víctima, eso le produjo una hemorragia [...] le impidió respirar y le generó una pérdida de sangre tremenda que hizo que casi instantáneamente perdiera la vida» (v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, 03/08/2020/mañana, 0005, minuto 00:03:22 en adelante). Concluyó finalmente considerando que no fue un homicidio accidental, que fue un homicidio doloso, un homicidio con intención y es lo que iban a tratar de demostrar a lo largo de las audiencias. Dichos hechos con idéntica calificación, fueron considerados probados por el Ministerio Público Fiscal en su alegato de cierre (v. registro audiovisual audiencia de alegatos finales, 06/08/2020, 0000 a 0005). La sentencia N° 1198, que rola a fs. 1094 y vta., digitalizada a fs. 1198, del 6 de agosto de 2020 y los fundamentos de fs. 1107/1130, digitalizados a fs. 1131/1156, da cuenta de las instrucciones generales impartidas al jurado en la primera cuestión (fs. 1107/1114 vta.), de las instrucciones finales una vez clausurado el debate (fs. 1115/1127 vta.), del veredicto unánime en la segunda cuestión (fs.1127/1128) y de la individualización de la pena efectuada por la jueza técnica en la tercera cuestión (fs. 1128 en adelante).

2.- Recurso de casación

La defensa impugna la sentencia condenatoria pronunciada en autos y funda la admisibilidad formal del recurso en ambos incisos del art. 474 del CPP y en el art. 41 de la ley 9.106. A modo introductorio, afirma que se agravia tanto de la figura de homicidio agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación y uso de arma de fuego por la que fuera declarado culpable pues debió optarse por la de homicidio culposo, como por la falta de objetividad de los representantes del Ministerio Público Fiscal. También cuestiona la pena impuesta por el juez técnico.

Refiere que el veredicto del jurado popular se rige por el principio de íntima convicción y, por ende, es inmotivado, por lo que, de conformidad con el art. 41 de la ley 9.106, corresponde hacer una crítica razonada al mentado veredicto como a la pena impuesta en el juicio de cesura. Afirma que la ley impone para recurrir en estos casos dos reglas: los motivos específicos del juicio por jurados y los motivos genéricos de toda sentencia o resolución jurisdiccional (art. 474, 475, ss. y cc. del CPP).

A los efectos de justificar la procedencia formal del recurso sostiene que le son aplicables todas las reglas procesales, convencionales y jurisprudenciales. Cita para ello el fallo «Canales» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De acuerdo a ello entiende aplicables las pautas de revisión de las sentencias incorporadas en «Casal» por la Corte Federal y en «Herrera Ulloa» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la

revisión integral de la decisión recurrida reconociendo como único valladar la inmediación, más aún hoy dados los medios tecnológicos utilizados y que permiten su reproducción.

Se pregunta seguidamente cómo y en qué medida corresponde adecuar el recurso al art. 474 inc. 1 del CPP dado lo prescripto por el art. 41 de la ley 9.106 ante la existencia de un vicio in iudicando, si funciona autónomamente o si es necesario haber cuestionado las instrucciones finales. Sostiene que existe un error en la subsunción normativa y que, siendo la hipótesis de la defensa la figura del homicidio culposo, tácitamente no hubo acuerdo en las calificaciones ofrecidas al jurado, invocando la doctrina «Casal» para fundamentar dicha procedencia formal.

Sustancialmente enumera: errónea aplicación de la ley sustantiva; nulidad de la sentencia por violación del art. 416 inc. 3 del CPP: arbitrariedad de la decisión que rechazó medios de prueba de modo que cercenó el derecho de defensa en juicio y condicionó la decisión del jurado; arbitrariedad en el veredicto del jurado y, por último, apartamiento manifiesto de la prueba rendida en autos, por lo que debió operar el concepto de duda razonable. Sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva afirma que ella radica en la violación del art. 80, inc. 1 del CP en relación al tipo subjetivo –específicamente al dolo eventual– y, del mismo modo, respecto de los arts. 40 y 41, también del CP, por cuanto entiende que algunas pautas se encuentran doblemente valoradas. Considera que ello acontece también en cuanto al concepto del proceso adversarial. Refiere que se adecuó la línea investigativa y la teoría del caso, únicamente a la acusación principal cuando debe primar la actuación objetiva y la búsqueda de la verdad por parte del Ministerio Público Fiscal. En este sentido expresa que se omitió la citación del Comisario Narváez en la investigación, soslayando la actuación de Policía Científica, quien tenía dudas desde el inicio acerca de la recolección de indicios respecto de la ropa que vestía la víctima.

Estima que no se valoró este testimonio junto a otros en cuanto a que la distancia del disparo nunca fue superior a un metro, quedando claro que no existió dolo directo como siguió sosteniendo el fiscal en los alegatos finales. Así, la defensa razona que una adecuada valoración del testimonio del Ingeniero Zalazar y del resto de la prueba objetiva, permite afirmar que se produjo un forcejeo y los disparos fueron no intencionales o no voluntarios.

Esta falta de objetividad del acusador pudo llevar al jurado a descartar la hipótesis de homicidio culposo de la defensa. En segundo lugar, entienden que la sentencia es inequívocamente nula al haberse basado en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate (art. 416 inc. 3 del CPP) refiriéndose a la ropa de la víctima. Esta nulidad por falta de orden de secuestro se planteó oportunamente, fue rechazada, pero se hizo reserva de agravio constitucional. Por otra parte, dicha ropa fue colectada de un cesto de residuos patológicos del hospital, llegó a Policía Científica sin preservación, por lo que su valor probatorio está contaminado y las operaciones realizadas sobre éstas resultan nulas de nulidad absoluta por realizarse en violación a las garantías y el debido proceso (arts. 197, 198 incs. 2 y 3 del CPP).

En tercer lugar, sostiene que la decisión jurisdiccional de rechazo de exclusión de prueba, violatoria del derecho de defensa, resulta condicionante de la decisión de jurado, pronunciándose del mismo modo respecto de la limitación de testigos. Por ello resultó excluida Mariela Rosana Laszuk, quien mantenía una relación estrecha con su sobrina y podía dar cuenta de la relación de la víctima y el acusado. En cuarto lugar, afirman arbitrariedad del veredicto por apartamiento manifiesto de la prueba rendida y existencia de estado de duda razonable –art. 41 inc. d) de la ley 9.106–.

Sostienen que a través del método de reconstrucción histórica el jurado debería haber optado por un veredicto de culpabilidad por el delito de homicidio culposo y que ello se debió a la falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal. Transcribe el requerimiento acusatorio, la teoría del caso sostenida en la

audiencia preliminar y luego en los alegatos finales del Ministerio Público, y señala las diferentes modificaciones que se han ido operando entre ellos.

Así, en la primera se afirma que el acusado le efectuó intencionalmente dos disparos a su esposa luego de una discusión; ya en la segunda, que la mató de un disparo luego de una discusión yendo en busca del arma y previo amenazarla con quitarse la vida y que, mediando forcejeo, se hirió en la mano y cuando ella intentó huir, la apuntó y le disparó. Por último, en los alegatos finales, que eventualmente el primer disparo pudo deberse a un forcejeo pero que, teniendo el arma siempre Acuña, mató a su esposa a una distancia aproximada de entre un metro cuarenta y un metro setenta en base al testimonio de Zalazar y al método que éste aplica.

Se detiene luego en las pruebas producidas en el juicio, prácticamente transcribe la declaración del acusado, para sostener que es conteste con las otras pruebas rendidas acerca de que se trató de una discusión matrimonial, que hubo un forcejeo y se produjo el primer disparo, que él intentaba quitarse la vida, que el arma se disparó y en cuestión de segundos se produjo el segundo disparo que finalmente causó la muerte de Lorena Segura. La defensa hace lo propio con los testimonios de Mauro y Roberto Martín Segura, hermanos por parte de padre de Lorena; Enzo Pérez, amigo de Acuña y los padres y hermana de Lorena. Todos, afirma, fueron coincidentes en la existencia de una relación excelente, en que nunca vieron una situación de maltrato, en la imposibilidad de que el acusado tuviera intenciones de matarla así como en que los padres lo consideraban un hijo más. Del mismo modo, indicó, se expresaron los vecinos con quienes se reunían. Indica claramente que la mecánica de los hechos y la valoración de la prueba determinante radica en el análisis de la actuación objetiva de Policía Científica y las declaraciones del Comisario Narvárez, Licenciada Miranda, Lic. Macchi y Dr. Pavez y la declaración del Jefe de Laboratorio de Microscopía electrónica, Ingeniero Zalazar. Hace hincapié en el testimonio del Comisario General Narvárez, Jefe de Policía Científica de Mendoza a esa fecha, Licenciado en Criminalística, Perito en Balística, Documentología y Papioscopia y con veintisiete años de servicio en Policía Científica. Añade que ésa utiliza el Protocolo Federal de preservación del hecho y escena del crimen, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en 2013 y que Narvárez actuaba como Coordinador Pericial. Narvárez explicó las actuaciones realizadas y concluyó que la unión de tres puntos –el impacto en el ladrillo y la entrada y salida del proyectil en la puerta– permitió establecer la trayectoria del proyectil, que era de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y en forma descendente, estando en dicha trayectoria tanto la víctima como el arma de fuego. Añadió que por las características de las manchas hemáticas la víctima recibió el disparo en las proximidades de la puerta del segundo dormitorio, transitó hacia el arma, se detuvo allí, transitó nuevamente –sola o ayudada– hasta el umbral de la puerta, donde cayó y fue depositada en el piso. Luego las manchas se dirigen hacia la cochera. Para determinar la posición de la víctima solicitada por la Fiscal, sostuvo la importancia de la Balística reconstructiva forense y cita autores, e indica que se requieren datos de la autopsia, de la escena del crimen, datos medicolegales, examen de la víctima y victimario, todas las peritaciones complementarias a la trayectoria del disparo. El Jefe de Policía Científica afirmó que la distancia del disparo la determina el CMF en el Laboratorio de Barrido Electrónico; que ellos envían el material –el arma, las vainas recogidas, muestras levantadas en la puerta y la ropa de víctima y victimario–. De ésta última cuestionó la forma de secuestro y su manipulación así como la selección de sólo la remera para ser peritada. Explicó las características del arma –semiautomática– y su funcionamiento –primera carga manual y para cada disparo accionamiento de la cola del disparador o gatillo–. De la existencia de una vaina en el cañón afirmó que, como el arma y los cartuchos funcionaban correctamente, pudo deberse al intentar tomar el cañón para evitar que la corredera complete su

recorrido. Detalló la fuerza necesaria para ello –5 kg fuerza– pero indicó que la misma no se midió. Sostuvo que ello explica la proximidad víctima-victimario así como un probable forcejeo en el primer disparo. Del mismo modo otro forcejeo entre un disparo y otro porque el tiempo entre ambos es de milésimas de segundos. La defensa se afirmó en este testimonio, de la persona que ofició de Coordinador pericial y como indica el Protocolo –Narváez– y sostuvo que es absolutamente coincidente con su teoría del caso: mecánica del hecho en el umbral de la puerta de la habitación usada como despensa, una discusión y dos disparos seguidos simultáneos, coincidente a su vez con lo escuchado por la vecina colindante, en situación de forcejeo y en fracción de segundos. Sostiene que dicha teoría responde a la metodología de la Ciencia Forense y no en base a un método experimental como el del Ingeniero Zalazar del CMF. Seguidamente se dedica al testimonio de Zalazar, quien aclaró las razones por las que solo analizaron la remera de la víctima en tanto las otras no eran prendas expuestas, refirió que los residuos no pasan por debajo y por eso no le pareció necesario analizarlas. Agregó que se realizaron también toques con stubs en las manos y cuello del hombre, analizado luego en el microscopio de barrido electrónico. Luego de explicar el procedimiento seguido en la remera de la víctima, detalló las distintas pruebas de tiro efectuadas con distintas armas a diferentes distancias con blancos para elaborar, luego, tablas de cálculo de partículas en torno al orificio, partículas que disminuían a medida que se alejaban de éste. De este modo obtuvieron un rango de disparo de un metro cuarenta a un metro setenta metros, método científicamente comprobable que no admitía errores. En cuanto a las partículas en la bermuda del acusado, afirmó que el arma pudo estar acostada con la ventana de eyección hacia abajo, y describió una mecánica del hecho diferente a la de la fiscalía. Agrega la defensa que, reconociendo no haber estado en el lugar del hecho y sin saber si se efectuaron uno o dos disparos, Zalazar habló de un disparo del victimario tratando de alejar a la víctima, con la pistola y la ventana de eyección hacia abajo, que habría herido su mano y producido la muerte de la víctima. Descarta que se haya tomado el arma y por ello, trabado la corredera porque es muy alta la temperatura para impulsar el proyectil y hubiera determinado lesiones en las manos, además de una fuerza necesaria de 400 kilos para ello. La trayectoria del disparo puede modificarse –dijo– porque quien recibe el disparo está en movimiento; que por eso el impacto en la puerta no es útil para determinar la posición del victimario en línea recta y que no se trata de unir puntos únicamente; que el proyectil al atravesar el cuerpo pierde energía y sale con una trayectoria totalmente distinta a la originaria. Afirmó Zalazar que el método utilizado por Científica para determinar la posición del tirador no es certero porque el tirador debió haber disparado casi desde el techo. Seguidamente la defensa cuestionó el método utilizado en el MEB por Zalazar por ser de su creación, carente de rigor científico y descartar las técnicas de la Ciencia Criminalística, lo que entiendo perjudicó la visión del jurado. Añade la defensa que Zalazar desconocía el lugar de secuestro de las prendas de la víctima que recibió del Ministerio Público Fiscal, que descartó un hisopado sobre una muestra de la puerta porque solo se trabaja sobre ropas expuestas y que no puede determinar las posiciones de víctima y victimario. Ello, a juicio de la defensa, denosta su testimonio como valedero. Del concepto de duda razonable, la defensa afirma que el veredicto de culpabilidad del jurado debió haber sido el propuesto por la defensa, pues el resto de las alternativas no debían pasar el estándar de duda razonable, derivado del principio de inocencia. Cita disposiciones constitucionales y convencionales y señalan que no se ha probado con el grado de probabilidad –certeza–, que Acuña haya matado intencionalmente, pues no se probó ni dolo directo ni dolo eventual. Realiza la defensa un relato de los hechos en base a la existencia de una discusión, la búsqueda del arma por la víctima, el intento de ésta de quitársela cuando ya la tenía el acusado al aducir querer quitarse la vida; descarga del arma en la mesa del comedor y la falta de advertencia negligente de

Acuña de que el arma se volvió a cargar. Luego mencionó un forcejeo en el umbral de una de las habitaciones, la herida en la mano producto del primer disparo y luego un nuevo disparo casi inmediato que le produce la muerte a Lorena Segura. Menciona el problema dogmático de distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual y transcribe las instrucciones al efecto de la jueza técnica tanto respecto del dolo eventual como del homicidio culposo, concluyendo que el jurado optó por la figura más grave. Finalmente, como último agravio, cuestiona la mensuración judicial de la pena impuesta conforme los arts. 41 y 41 del CP en tanto entiende que han sido violados o erróneamente aplicados dichos parámetros. La defensa sostiene que la jueza técnica no ha fundamentado la razón del apartamiento del mínimo, cuando sin embargo señaló que válidamente podía considerar, dadas las características del caso, que se hayan inclinado por el dolo eventual, que implica menor contenido de injusto y del consecuente reproche. Discurre la defensa sobre los fines de la pena, cita doctrina para afirmar que la medida de la pena depende de la gravedad del injusto y un injusto de menor culpabilidad merece una pena menor, así como que, preventivamente, se la debe merituar conforme al tiempo necesario para incidir en el autor. Entiende que no se ha demostrado que el acusado necesite en mayor medida ser resocializado ni que sea un sujeto peligroso a neutralizar. Señala que por eso se pidió el mínimo de la pena de ocho años, que esos límites mínimos son enunciativos y que su apartamiento no vulnera garantía alguna. Agrega que la pena a veces no resulta necesaria y puede ser contraproducente, y cita que los parientes de Lorena Segura lo han perdonado porque consideran que se trató de un accidente por lo que el exceso punitivo no se explica ni desde la retribución, ni desde los fines preventivo especial o general. Refiere que, si bien cita distintas circunstancias agravantes, entiende que las mismas resultan de mensuraciones arbitrarias y algunas deben ser consideradas atenuantes, tales la edad y su condición de policía así como la capacitación recibida y que otras, resultan violatorias de doble consideración por estar contenidas en el tipo. Seguidamente entiende que no evaluó que el acusado se encontraba en prisión domiciliaria, que fue por sus propios medios a todas las audiencias incluso a las del juicio y que la misma le fue revocada cuando no existían riesgos de fuga ni de entorpecimiento probatorio. Con cita de autores, la defensa entendió que la pena de ocho años solicitada, lo ha sido conforme sus circunstancias personales y familiares y es ajustada al grado de culpabilidad del acusado teniendo en cuenta la teoría del caso de homicidio culposo que cuenta con una pena máxima de cinco años. Vuelve a señalar que el mínimo legal determinado por la agravante del art. 41 bis del CP era ponderativo, cita doctrina y fue peticionado a fin de evitar el efecto negativo de la pena.

En función de lo expuesto considera que la pena impuesta es absolutamente excesiva de conformidad con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, por lo que solicita se case también la pena impuesta. En suma, la defensa del acusado solicita se admita formal y sustancialmente la queja, se declare la culpabilidad del acusado por el delito de homicidio culposo (art. 84 del CP) y se remita al Tribunal penal colegiado para un nuevo juicio de cesura.

En su caso, requiere que se anule el juicio y se reenvíe para proceder a realizar uno nuevo. Para el supuesto que se desestime lo peticionado, solicita que se aplique una pena de diez años y ocho meses de prisión. Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto procede formalmente en tanto se trata del medio de impugnación típico deducido por la Defensa del imputado, con un interés concreto, expresa indicación de los puntos de agravios e interpuesto en legal forma (arts. 449, 451, 455, 475 y 490

del CPP). Sin embargo, adelanta que el mismo es improcedente sustancialmente y debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En primer lugar, señala que en autos se ha dado cumplimiento acabado a la ley 9.106 que regula el Juicio por Jurados (art. 24 de la CN). Refiere, en cuanto a la nulidad del secuestro de las prendas de vestir de la víctima, que el Tribunal rechazó el mismo y confirmó su admisión como prueba mediante una resolución debidamente fundada al señalar que no había habido irregularidades en el secuestro y conservación de las mismas, así como tampoco afectación de garantía constitucional alguna del acusado.

Del mismo modo, en cuanto al impedimento de testimonial de Mariela Laszuk, detalló que los otros testigos resultaron contestes respecto de la inexistencia de relación de maltrato del acusado hacia Lorena Segura por lo que no se aprecia menoscabo al derecho de defensa producto de esa decisión.

Entiende que no puede tener acogida el agravio referido a la arbitrariedad del veredicto por apartamiento del jurado de la prueba rendida en el debate, y concluye que dichos cuestionamientos más bien constituyen una discrepancia con el veredicto al que se arribó. Añade que el Jurado dictó el mismo luego de apreciar el plexo probatorio y las instrucciones impartidas y luce derivado y con apoyo en dichas pruebas. A esos efectos afirma que, conforme las instrucciones impartidas, fueron especialmente instruidos en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba y el concepto de duda razonable. Respecto de la pena impuesta, indica que, conforme el hecho por el que resultara condenado, la fundamentación del Tribunal no aparece como desproporcionada ni carente de fundamentación. Cita jurisprudencia de esta Sala, entiende correctamente aplicados los arts. 40 y 41 del CP, detalla los agravantes y atenuantes reseñados en la sentencia y se pronuncia por el rechazo del agravio.

Finalmente considera que los agravios expuestos constituyen una discrepancia con el resultado adverso para su pupilo, y que, en tanto no surge arbitrariedad del veredicto de culpabilidad, solicita no se haga lugar al recurso impetrado.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto, el Dr. Jorge Luque, por la defensa de Víctor Hugo Acuña, expuso sus fundamentos, haciendo alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente. A su turno, el Dr. Pablo Peñasco, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de San Rafael, en representación del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

a- Adelanta rechazo del recurso casatorio

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado, adelanto mis conclusiones en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Víctor Hugo Acuña y confirmar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

En la exposición de las razones que me conducen a esta solución y a fin de efectuar una revisión ordenada y completa de los agravios interpuestos, abordaré en primer lugar aquellas cuestiones vinculadas a los vicios de procedimiento alegadas, para luego adentrarme a los agravios sustanciales. Tengo para mí que la defensa no ha cuestionado el sistema de juzgamiento –juicio por jurados– aplicado en el caso y que rige normativamente en nuestra provincia mediante la ley 9.106. Éste es la consagración de un modelo

constitucional de enjuiciamiento que es una verdadera reserva de soberanía popular de conformidad con el art. 22 de la Constitución Nacional.

El juez natural, imparcial e independiente que –por principio– consagra nuestra Constitución es el jurado de pares y así parece ha sido compartido por la defensa. Consideraciones acerca de los agravios planteados por la defensa: Del libelo recursivo se advierte que los agravios interpuestos se pueden circunscribir del modo siguiente.

b- Resumen de los planteos defensivos.

En primer lugar, la defensa plantea errónea aplicación de la ley sustantiva referida al art. 80, inc. 1 puntualmente al tipo subjetivo –dolo eventual– y a los arts. 40 y 41, todos del CP, en cuanto a la errónea o desproporcionada mensuración de la pena de la jueza técnica a la que dedica un párrafo completo, y que será, tal como fue interpuesto y por razones metodológicas, tratado en última instancia. En segundo orden la defensa refiere a la nulidad de la sentencia por errónea incorporación de elementos probatorios al debate por falta de orden de secuestro y la exclusión de testigos en orden a lo previsto por el art. 416 inc. 3 del CPP. Además, expresa que el veredicto del jurado es arbitrario por el apartamiento manifiesto de las pruebas rendidas y la existencia de un estado de duda razonable en favor del acusado. Por su parte, considera que se aplicó erróneamente el concepto de proceso adversarial y refiere sobre la falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal.

c- Rechazo al planteo de nulidad por falta de orden de secuestro

a.- Sobre la nulidad en razón de la errónea incorporación al debate de la ropa de la víctima como objeto de prueba y la exclusión de prueba testimonial de la defensa al proceso La defensa señala dos vicios en relación con la prueba incorporada.

En primer lugar, la incorporación al proceso de las prendas que vestía la víctima al momento del hecho como material probatorio sin orden de secuestro de la autoridad judicial, que luego fuera materia de pericias. A su vez, cuestiona que en el secuestro de esas prendas no se respetó la cadena de custodia. Al respecto plantea que la jueza técnica, en la audiencia preliminar y de acuerdo con la oposición del Ministerio Público, rechazó la nulidad que se interpusiera acerca de la inclusión irregular de esta prueba al proceso. La defensa se refiere a las prendas de la víctima que fueron rescatadas por personal de Policía Científica de un cesto de residuos patológicos en el hospital donde fuera trasladada Lorena Segura.

Señala que el secuestro se realizó sin la debida orden – como sí la hubo respecto de las prendas del acusado– y respeto de la cadena de custodia, con evidentes posibilidades de haber sido contaminadas. Afirma que esa prueba, como todas las operaciones que sobre ellas se hicieron, fueron realizadas en violación a garantías del acusado y al debido proceso legal por lo que resultan nulas de nulidad absoluta conforme a los arts. 197, 198 incs. 2 y 3 del CPP, debiendo ser excluidas a los términos del art. 207 del Código de rito. Del mismo modo y, en segundo lugar, se agravia respecto de la limitación de testigos ofrecidos por esa defensa, tal el caso de la declaración testimonial de la tía de la víctima, hermana de la madre, con la que esta mantenía una relación muy cercana. En ambos casos, entienden ha habido lesión al derecho de defensa en juicio, violación de garantías constitucionales y aclara que se efectuaron las reservas pertinentes en ocasión de ser notificados de la resolución.

De manera preliminar, cabe indicar que, de igual modo que durante el juicio, la defensa no señala –en forma concreta– la lesión efectiva a las garantías constitucionales que alega.

Entiendo que los agravios detallados en primer lugar deben ser rechazados pues no son sino reedición de los argumentos expuestos por ante la jueza técnica en audiencia del día 25 de junio de 2020 y resueltos

en la audiencia del día 30 del mismo mes. Esto en tanto comparto los argumentos allí vertidos que determinaron el rechazo del incidente de nulidad articulado.

Baste para ello, y sintéticamente, al igual que acontece en este recurso, señalar que la jueza técnica el día 30 de junio de 2020 al momento de resolver y previo haber escuchado al Ministerio Público Fiscal en la vista conferida del incidente articulado, refirió haberse sorprendido con el planteo, pues llevaban varias jornadas de audiencias en donde incluso se había estipulado hasta el orden en que iba a recibirse la prueba. Además, señaló que el planteo era impreciso y hasta improvisado, por lo que requirió a la defensa que precisara a qué actos se hacía referencia, indicando recién allí la mención al secuestro de las prendas de Lorena Segura y a los exámenes que sobre éstas se habían efectuado (ver registro audiovisual del día 30/06/2020, segunda parte, minutos 00:03:00 y ss.).

La jueza, en decisión que comparto, puntualizó, en cuanto a la falta de orden de secuestro escrita de autoridad competente, sobre la existencia de un oficio a fs. 25 suscripto por el Ayudante Fiscal –funcionario a quien se le delegaran las directivas de la Fiscal interviniente –Dra. Agüero– y dirigido a Policía Científica, que se completa con el acta de fs. 59. Allí se dispuso el secuestro de la ropa de la víctima y su remisión al Laboratorio de barrido electrónico del CMF (ver registro audiovisual, 30/06/2020, segunda parte, minuto 00:04:57 en adelante) de conformidad con las disposiciones del art. 223 del CPP. Añadió que al tratarse del secuestro de cosas no se requiere formalidad específica y puede ser delegada la medida. Tampoco es necesaria resolución fundada por tratarse de un acto urgente y esencial por el órgano legitimado a ello, el Ministerio Público Fiscal. Además, refirió que, al haber invocado la defensa la regla de la exclusión probatoria del art. 207 del CPP, límite que impide el ingreso de prueba ilegal que afecte garantías constitucionales, no advertía derecho de titularidad del acusado afectado –las prendas eran de la víctima y su secuestro afectaría, en principio, el derecho de propiedad–.

Por su parte la jueza señaló que la defensa no pudo concretar el perjuicio, por lo que entendía que la medida satisfacía la norma del art. 223 citado, que la nulidad era relativa, y que al no interponerse oportunamente la defensa aceptó los efectos del acto (art. 202 inc. 2 del CPP) (ver registro audiovisual a partir del minuto 00:07:35 del 30.06.2020, segunda parte). En relación con la afectación a la cadena de custodia (ver registro audiovisual del día 30/06/2020, segunda parte, a partir del minuto 00:10:50), dadas las numerosas constancias del expediente, la jueza citó las fs. 25, 96, 102, 103 a 105, así como la testimonial del Oficial Polak de fs. 629, quien las recolectara.

Entendió además que nada autorizaba a pensar que hubo acciones defectuosas o intencionadas que modificaran o afectaran la preservación de dichas prendas. Por el contrario, refirió la constancia de fs. 25 al pie del oficio del Oficial Salinas como indicio de buena fe, así como el correcto y detallado tratamiento dado a las mismas, con las constancias y fotografías que documentan todo el traslado y manipulación incluso del Laboratorio MEB del CMF. Al mismo efecto refirió inexistencia de mención de esta circunstancia en los informes de los peritos de la defensa.

Resaltó que ésta ha asistido al acusado desde el primer día, con acceso a la prueba en todo el proceso, y que no existió oposición alguna en la audiencia preliminar.

Aclaró, además, que aun cuando pudo haber rechazado el planteo por ello, se ha expedido para que no queden dudas de la validez de dichos actos, así como que, no obstante cuando se las considerara nulidades absolutas, la falta de acreditación del perjuicio invocado habilitaba de todos modos su rechazo (ver registro audiovisual del día 30/06/2020, segunda parte, a partir del minuto 00:15:20 hasta 00:20:42 y Auto N° 437 de fs. 1032).

Agregó, finalmente, que el Fiscal Jefe el día 25 de junio de 2020, previo a acordar en audiencias informales con la defensa, procedió, a instancia de la jueza, a dar lectura al orden de recepción de testigos acordado, así como a la lectura, únicamente, del material probatorio excluido de un listado consensuado entre las partes, entre los cuales se hallaban los elementos, luego incidentados de nulidad.

A ello sumó los puntos 3 a 9 de los Acuerdos Probatorios que se agregan a fs. 1014 y vta. y que se relacionan con el uso del arma de fuego del acusado en la muerte de su esposa.

Para la jueza ello no hacía sino contradecir el accionar de la defensa, restarle mérito al planteo y ratificar su consentimiento a la incorporación de la prueba que ahora pretende nulificar para excluirla del proceso. De tal manera considero que la jueza dio respuesta acabada y minuciosa al planteo formulado, y resolvió de conformidad a las previsiones del art. 368 párrafo 3 del CPP. Por lo tanto, la ausencia de razones consistentes en la argumentación del agravio a través de su reedición, así como su resolución oportuna y debidamente fundada en la audiencia preliminar impiden dar curso favorable al agravio articulado.

d- Rechazo al pedido de exclusión probatoria.

Por otro lado, en relación con la exclusión de la prueba testimonial oportunamente ofrecida de la tía de Lorena Segura –Mariela Lorena Laszuk–, debe decirse que la defensa sólo se limita a indicar que su exclusión afectó el derecho de defensa del acusado por cuanto ésta era la persona más íntima de la víctima y podría haber dado una visión absolutamente clara de la relación de Acuña y Segura. Sabido es que nuestro sistema procesal de nulidades no admite, dada la gravedad de dicha sanción, la nulidad por la nulidad misma, por lo que quien la invoca –art. 200 del CPP– debe fundamentar, en forma precisa y concreta, el perjuicio que alega con detalle de las garantías constitucionales que considera afectadas (ver al respecto, «González Huerta», «Farías Pereyra», «Di Santo, Giovanini», «Pizarro Molina», «Aguilar Lucero», entre otros). Este es el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal. Por ello, en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, «Acosta», sentencia de fecha 04/05/2000). De tal manera, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404).

Sobre el cuestionamiento, cabe señalar que, respecto de las circunstancias vinculadas con la relación de noviazgo primero, y conyugal luego, entre el acusado y Lorena Segura, se ofrecieron por la defensa (véase el ofrecimiento de fs. 1015/1017) y prestaron declaración los padres –Roberto Segura e Hilda Laszuk– y hermana de aquella –Noelia–, vecinos de éstos –Rafael Rosales, Yésica Olivas y Sandra del Milagro Salinas– y un amigo del propio Acuña –Enzo Pérez Aghetoni–. Todos ellos prestaron declaración testimonial e hicieron saber de la excelente relación que los unía, por lo que no se advierte de modo alguno que la exclusión de un testigo prácticamente de concepto, causara perjuicio alguno al acusado.

La exclusión de la declaración que ahora se cuestiona, motivada en la oposición del Ministerio Público Fiscal, tal como consta a fs. 1018 y vta., encontró razón en que aquél testimonio fue entendido como superabundante por la jueza de autos y en ejercicio de las facultades previstas en el art. 368 del CPP, otorgó a la defensa la posibilidad de elegir uno de entre estos cuatro testigos, quien así lo hizo. De tal manera, al adolecer este agravio de las mismas falencias ya apuntadas respecto del primero, y en mérito a lo señalado, nuevamente el cuestionamiento no constituye más que una discrepancia con el criterio expuesto por el juzgador, que se funda en facultades propias procesales durante la audiencia preliminar

y deviene absolutamente insuficiente para anular la decisión y menos aún considerar lesión alguna al derecho de defensa de Acuña.

e- Rechazo al planteo de veredicto arbitrario por apartamiento de la prueba rendida.

b.- Acerca de la pretendida arbitrariedad en el veredicto del jurado por apartamiento manifiesto de la prueba rendida. Duda razonable

El punto central de este agravio y en definitiva del propio recurso, se basa en afirmar que existe un apartamiento manifiesto por parte del jurado popular de la prueba rendida siendo errónea su valoración y que, a través del método de reconstrucción histórica, se debería haber arribado a un veredicto de culpabilidad por la figura del art. 84 del CP, es decir por el delito de homicidio culposo.

De ello coligen que el veredicto adolece de arbitrariedad, normada por el art. 41 inc. d) de la ley 9.106, en tanto existía duda razonable. Añaden que el accionar del Ministerio Público Fiscal ha adolecido de absoluta objetividad, se ha apartado de todo el accionar de Policía Científica y sólo sobre la base del testimonio del Ingeniero Zalazar del CMF ha sostenido una mecánica del hecho que no se condice con los principios de la lógica, haciendo mención a las modificaciones que respecto del hecho se introdujo desde el requerimiento, los alegatos de apertura y por el último, los de cierre.

Dicho esto, considero que los cuestionamientos asociados a la valoración de prueba producida en el debate y su aptitud para fundamentar un veredicto de culpabilidad no pueden ser de recibo no sólo porque únicamente denotan una discrepancia con lo resuelto por el jurado, sino porque en el caso concreto entiendo que el plexo probatorio rendido aporta elementos de convicción en el sentido de lo resuelto. En los presentes obrados existen dos hipótesis antitéticas basadas en dos teorías del caso diferentes que se apoyan principalmente en prueba de informes tanto del Cuerpo Médico Forense, como de Policía Científica, oralizadas a través de los testimonios de quienes las suscribieron. Las conclusiones, basadas en la distancia en la que se produjera el disparo mortal, resultan determinantes –tanto para el acusador como para la defensa– para afirmar si se está frente a un homicidio doloso o culposo. La defensa sostiene su teoría del caso con basamento en el informe de Reconstrucción Criminal y las tareas efectuadas por Policía Científica en el lugar de los hechos, en la recolección de indicios, su análisis y en su interpretación, oralizadas a través del Comisario Narváez. Suma, además, el testimonio de los peritos de parte Miranda y Pavez. Sobre esa base, interpreta que el hecho de la muerte, producto de un segundo disparo, se produjo durante un forcejeo y que la distancia del disparo no era superior a un metro. En cambio, la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal basa su acusación principalmente en el informe del Cuerpo Médico Forense de Microscopía Electrónica de Barrido y el testimonio de su responsable, Ingeniero Zalazar. Este último, luego de analizar una de las prendas que vestía la víctima, afirmó que la distancia del disparo se podía establecer en un rango de 1,40 a 1,70 metros. Por esta razón, el Ministerio Público Fiscal afirmó que Acuña, luego del primer disparo que le produce una herida en su mano, le disparó a su esposa, y este segundo disparo le produjo luego la muerte. Tal como se ha compendiado en los considerandos precedentes los elementos de prueba que avalaron cada teoría del caso de las partes fueron ampliamente desarrolladas en el juicio y no existe indicio alguno que permita afirmar que el jurado haya ignorado o desatendido ciertas pruebas o que no haya sido capaz de encontrar una explicación tal que lo haya conducido al veredicto de culpabilidad. Más cuando, como en el caso, el jurado popular optó por una alternativa que no respondió a lo sostenido, ni por el propio órgano acusador, ni por la defensa del acusado. Ello, no hace sino dar cuenta del análisis de la prueba rendida para llegar a un veredicto de culpabilidad por homicidio doloso.

1- Precisiones respecto a las formas en el juicio por jurados

Antes de ingresar al análisis concreto del agravio entiendo oportuno efectuar algunas precisiones que estimo necesarias respecto de la forma de juzgamiento que implica el juicio por jurados y cuál ha de ser el rol de este Tribunal en tanto órgano revisor de sentencias. Como he tenido oportunidad de sostener en otras ocasiones, la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis. Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; etc. Por otro lado, a un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento, y su conclusión. Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión. Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate. De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso (Ver «Petean Pocoví», al que me remito en lo pertinente). La dinámica propia e inmanente del sistema de enjuiciamiento por jurados populares, presenta matices y connotaciones que revelan notas esencialmente vinculadas al modelo acusatorio adversarial que adopta nuestra legislación procesal local en el ámbito penal. Es, quizás, el mecanismo judicial en el que más se evidencian las notas que hacen estrictamente al contradictorio, donde cada una de las partes, desde su respectiva posición, elabora su propia teoría del caso en la que materializa su estrategia a fin de hacer prevalecer sus pretensiones ante el jurado popular desde la selección, incluso de éste, en la audiencia de voir dire. En esa dialéctica de enfrentamiento en la litigación sobre la marcha y el resultado del proceso, los miembros que conforman el jurado están sumergidos en una posición de expectativa frente al desarrollo de las diversas técnicas de litigación, discursivas (alegatos) y probatorias (examen y contraexamen de testigos) desarrolladas por las partes. Cabe señalar que, dentro de esta misma lógica y dinámica del procedimiento acusatorio adversarial y del juicio por jurados, toda información que se proporcione al jurado sólo es legítima y por tanto admisible si es introducida a través de la prueba producida en el debate y las instrucciones impartidas por el juez técnico. En particular, las instrucciones finales que deben haber sido litigadas por las partes y en forma pública haberse transmitido al jurado y video-registradas. Ello garantiza, por un lado, la imparcialidad del jurado y, por el otro, el debido y máximo esfuerzo de control de la información recibida por el jurado como de esas instrucciones en la instancia recursiva. En efecto, «[...] la imparcialidad en el juicio por jurados es una premisa básica del sistema que se fundamenta en dos de sus principales características: su accidentalidad y su representatividad. El jurado es accidental, nace de un sorteo sobre el padrón electoral donde se encuentran todas las personas en condiciones de ejercer los derechos políticos en Argentina. Esto garantiza, al mismo tiempo, que el jurado sea representativo de su comunidad. El número 12 asegura, en sociedades heterogéneas como las nuestras, que todos los sectores de la comunidad estén igualmente representados. En segundo lugar, además, el sistema ofrece otro resguardo a la imparcialidad que es la audiencia de selección o audiencia de voir dire. En ella las partes tienen la posibilidad de utilizar sus recusaciones para excluir del jurado a

aquellas personas que tengan prejuicios manifiestos que impiden juzgar el caso con imparcialidad» (PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho», en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020). Debe tenerse presente que la garantía de imparcialidad del juzgador se encuentra prevista en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, que la imparcialidad es un presupuesto del debido proceso, por el que debe velar en su cumplimiento el juez técnico en juicio por jurados. Así, las cosas, toda información para resolver en deliberación de jurados debe necesariamente ser producida en el debate, oralmente y debidamente litigadas por las partes y comunicadas en audiencia pública por el juez técnico, incluso cuando se trate de «[l]as preocupaciones en torno a que los jurados reciban la información pertinente en materia de igualdad de género deben atenderse en las instrucciones. Es allí donde es importante garantizar que se expliquen correctamente al jurado los conceptos centrales con perspectiva de género, exigiéndole que atienda a estos criterios a la hora de tomar su decisión. Esas instrucciones son obligatoriamente litigadas por las partes frente a los jueces, tal como exige la ley. Por eso es imprescindible que las personas que participan del sistema (por la fiscalía, defensa y conducción técnica de los juicios) estén capacitadas en materia de género. Mas, sería un error entender que es a las personas que participan del jurado a quienes se debe dar tal capacitación. No se le exige al jurado conocimientos especiales sobre ninguna materia, ya que de hacerlo se estaría atentando seriamente contra su naturaleza y su legitimidad» (PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho», en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020). En definitiva, sólo en función de las pautas establecidas es posible garantizar la imparcialidad del jurado, la igualdad de armas entre las partes, el debido proceso legal y el control de la decisión por parte del tribunal revisor. Ello impone la necesidad, más que nunca, de que cuando se analicen y se controlen aspectos procedimentales y jurídicos de un juicio por jurados, la mirada analítica no deba prescindir de aquellas cualidades someramente reseñadas; por lo que debe evitarse la aplicación y proyección en esa labor revisora de metodologías propias de sistemas de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo/patriarcal, o mixto, fundado en la escrituralidad y el expediente. Esto que digo, no significa de modo alguno disminuir ni cercenar la tarea de control sobre el normal y regular cumplimiento de las normas legales que materializan los principios que rigen el debido proceso legal, los que están consagrados no sólo respecto de los sujetos acusados de la comisión de un hecho delictivo sino también para quienes resulten víctimas de los mismos y, además, para la ciudadanía en general. Lo antedicho también se proyecta a la etapa de impugnación casatoria de un veredicto alcanzado por un jurado popular. En la lógica adversarial, so pretexto de revisar ampliamente el proceso que concluyó con el pronunciamiento cuestionado, no podemos prescindir de analizar y dar una acabada respuesta a todos y cada uno de los reales y efectivos motivos de impugnación que han sido invocados por aquella parte que se considera agraviada por la decisión adoptada. Precisamente, son sus cuestionamientos los que habilitan y limitan la etapa extraordinaria de revisión, y los que deben contar con una razonada respuesta de parte de quienes tenemos, dentro de esos límites recursivos, la competencia para resolver en el caso concreto. Esa es la inteligencia que, al respecto, prevé el rito penal, al referir que «[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios»

(art. 462, párr. 1° del CPP). En síntesis, la revisión amplia admitida jurisdiccionalmente a partir del precedente «Casal» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre es dentro de los límites fijados por los agravios expresados por el recurrente en función del art. 41 de la ley 9.106 y no ad libitum del tribunal revisor. Respecto a cómo debe desempeñarse el tribunal de impugnación dentro del ámbito de su competencia de Alzada, traigo a colación en este punto, y dada su antigua y destacada tradición en materia de juicio por jurados, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de Canadá cuando sostuvo que «[e]l Tribunal de revisión no debería actuar como “el jurado N° 13” o simplemente darle curso a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia apreciación del registro taquigráfico escrito del debate. Tampoco debería determinar que un veredicto es arbitrario simplemente porque el tribunal de apelación tenga una duda razonable basada en su revisión del registro taquigráfico». Lo antedicho implica –con la salvedad de que en nuestro sistema local la alusión al registro taquigráfico del debate debe ser entendida en referencia al soporte audiovisual de registración de las audiencias en que se sustancia el juicio, que permite un mejor y más amplio examen, pero resulta enteramente aplicable al caso– que la revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, «debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado» (ver Corte Suprema de Justicia de Canadá, “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180”, citado en mi voto en el precedente de este Tribunal «Tizza»). La «regla de la deferencia» implica el respeto por la decisión del jurado popular. Esto por cuanto es el resultado del ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada (art. 4 de la Constitución de Mendoza), en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, a lo que debe sumarse la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y el veredicto unánime. De la regla reseñada deriva aquella otra regla según la cual los jueces técnicos no deben actuar como el jurado N° 13. Nace, en nuestro sistema, de los arts. 33, 34, 35, 36 y 37 de la ley 9.106, donde se establecen las condiciones y forma de deliberación y votación del jurado, en la que no puede intervenir, participar o presenciar en modo alguno el juez técnico, ni ninguna otra persona, sino sólo los doce miembros del jurado que deliberan y dictan el veredicto en forma unánime donde, en definitiva, se declara culpable o no culpable al acusado en nombre del pueblo (art. 37). A tal punto lo señalado es así que se establece como deber de los miembros del jurado la absoluta reserva de opinión (art. 36). Esta regla, en instancia de revisión, implica la no intromisión en la decisión del jurado por parte del tribunal revisor. Así, aquella decisión del jurado popular sólo podrá ser revocada cuando sea arbitraria por no poder ser respaldada por la prueba producida, de modo que no sea posible sostener la conclusión a la que se llegó. En otras palabras «[...] no es el rol del tribunal revisor “rejuzgar” el caso y arribar a “su” propia valoración de los hechos. Esto es, el tribunal revisor debe otorgar el debido respeto a la ventaja de intermediación que tiene el determinador de los hechos. El estándar también acepta que personas razonables puedan llegar a tener puntos de vista diferentes sobre la misma prueba y todavía ser inmunes a una revisión exitosa. Este es particularmente el caso en donde el veredicto depende de prueba circunstancial e indiciaria. Diferentes determinadores de los hechos pueden extraer diferentes inferencias de la misma prueba; inferencias que todavía caen dentro del alcance de razonabilidad y que, por lo tanto, son inmunes a una revisión recursiva» (caso Corte Suprema de Nueva Zelanda caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado en BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés, «El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional», en colección “Jurados y participación ciudadana en la

administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa). En las sentencias de los jueces técnicos (unipersonales o en colegio) se debe hacer exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen (inc. 2 del art. 411 del CPP) siendo posible seguir el camino argumental recorrido para adoptar la decisión y ejercer el control. Se puede y se debe identificar los defectos en el análisis que llevaron al juez a una conclusión arbitraria. A diferencia de aquélla, en la revisión del veredicto de un jurado la regla del secreto de la deliberación impide conocer las razones que lo sustentan, por lo que impone un plus de esfuerzo para su revisión porque «[r]equiere que la corte recursiva, sin contar con la ventaja de la expresión de las razones, revise la prueba y, en una medida limitada, revalore la prueba en términos de su razonabilidad» (Caso “Owen”, ob. cit.). Esto, a su vez, permite cumplir mejor y en forma objetiva la revisión amplia, que ya no será sobre el discurso de la valoración de la prueba sino en el análisis directo de ella, lo que determinará si la solución (veredicto) arribada es posible. Ahora bien, las preocupaciones de los jueces de revisión, sus dudas «no son suficientes para anular el veredicto del jurado por arbitrario». Ello, siempre que el «[...] veredicto fue[re] aquel en el cual este jurado debidamente instruido, actuando legalmente, podría razonablemente haber rendido» (caso Corte Suprema de Justicia de Canadá “R. vs. Biniaris”, [2000] 1 S.C.R. 381, voto preopinante de la jueza y jurista internacional Louise Arbour, fallo citado y traducido en BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés, «El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional», en colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa). «El ejercicio de revisión [...] es considerablemente más difícil cuando se le requiere [...] determinar la supuesta arbitrariedad de un veredicto alcanzado por un jurado. Si no hay errores en la imputación, como debe suponerse, no hay forma de determinar la base sobre la que el jurado llegó a su conclusión. Pero esto no exime al tribunal de revisión de la necesidad de articular las bases sobre las cuales considera que la conclusión alcanzada por el jurado fue arbitraria. No es suficiente que [...] [se] haga referencia a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia evaluación de las pruebas. Mientras que una "duda persistente" puede ser un poderoso detonante de un escrutinio minucioso de la prueba, no es, sin mayor articulación de las bases para dicha duda, una base adecuada sobre la cual interferir con las conclusiones del jurado» (Caso “Biniaris”, ob. cit.). En cambio, para revertir el veredicto, «[...] se debe articular la base sobre la cual se llega a la conclusión de que el veredicto es contrario a las exigencias de una apreciación judicial de la evidencia. En otras palabras, si, después de revisar las pruebas al final de un juicio libre de errores que terminó en condena, el juez [...] se queda con una duda persistente o con un sentimiento de inquietud, esa duda, que en sí es insuficiente para justificar una interferencia con la condena, puede ser una señal útil de que el veredicto no fue alcanzado judicialmente. En ese caso, la corte [...] debe seguir adelante con su análisis” (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece). Es decir, lo esencial es determinar si «teniendo en cuenta todas las pruebas, el jurado pudo en forma razonable haberse convencido de acuerdo al estándar probatorio de más allá de duda razonable que el recurrente era culpable de todos los cargos» (Caso “Owen”, ob. cit.). Entonces, sólo «la propia arbitrariedad del veredicto será evidente para el juez revisor entrenado y con formación jurídica cuando, bajo todas las circunstancias de un caso determinado, la determinación judicial de los hechos excluye la conclusión alcanzada por el jurado» (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece). Entonces «[!]a apreciación judicial de la prueba se rige por reglas que dictan el contenido obligatorio exigido a las instrucciones que se deben impartir al jurado. Estas reglas se expresan a veces en términos de advertencias y/o de ciertas instrucciones con carácter obligatorio o facultativo, mediante las cuales un juez del juicio transmitirá el resultado de su acumulada experiencia judicial al jurado, que, por definición, es nuevo en este ejercicio» (Caso “Biniaris”, ob. cit.). De

tal manera, el tribunal de revisión «no actúa como un "decimotercer jurado", ni está "usurpando la función del jurado" [...] [cuando] [a]l concluir que ningún jurado debidamente instruido y actuando judicialmente podría haber condenado [porque] inevitablemente está concluyendo en que estos jurados que condenaron no deben haber estado actuando judicialmente» (Caso "Biniaris", ob. cit.). Conforme las consideraciones realizadas, la primera pregunta que debemos formularnos es si con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado. Debe quedarnos claro que no se trata de la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si aquél último es posible, dentro de las probables y racionales opciones. Si la respuesta es afirmativa, la decisión no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba, aunque no compartamos la decisión. En consecuencia, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba más allá del alcance referido (ver al respecto, mi voto en el precedente «Petean Pocovi»). Ello por cuanto «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla" (Corte Suprema de Justicia de Canadá: "R.v.W.H.", 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R., el destacado me pertenece). En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al destacar que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba. Así, el veredicto del jurado «[...] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...] Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que "la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro" (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (v. CSJN, «Canales», considerando 19). La segunda pregunta a formulamos es si con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia. Si la respuesta es afirmativa, tampoco puede revocarse la sentencia. A lo señalado, debo agregar que comparto los términos utilizados por el Profesor Adolfo Alvarado Velloso en su descripción del método acusatorio de debate, los que considero aplicables para todo tipo de enjuiciamiento como el juicio por jurados. En relación a ello, expresa el destacado doctrinario que como característica del sistema acusatorio en lo penal, el juez es un tercero que, como tal, es imparcial, es decir, que no es parte, y aclara que si el juez no es parte, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes como afirmar, alegar, impugnar, etc., y que no le preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real (conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ALVARADO, Mariana, "Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137; ver también los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia "Mopardo Dupoux" y "Flores González", entre otros). Si el juez actuara de otro modo, sería regresar al sistema inquisitivo. Lo que sucede tanto cuando el juez asume una actividad oficiosa siendo juez y acusador a la vez y, por ende, realiza él mismo la búsqueda de la

verdad real, llegando a creer que sólo resulta factible encontrarla por medio de la confesión, convirtiéndola de tal modo en la reina de las pruebas, o cuando se encarga el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de su acusación (conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ALVARADO, ob. cit., págs. 84 y 88/89). Como también sucede cuando lo hace a la inversa, es decir, en aquellos casos en que es el juez quien realiza la actividad oficiosa de juez y defensor a la vez en la búsqueda de satisfacer una vaga inquietud o una duda persistente basada en su personal y subjetiva apreciación de lo ocurrido en el debate, aspirando a descubrir o elaborar argumentos justificatorios (reales o imaginarios) de dudas, cuestionamientos o nulidades, a partir de la introducción de planteos u objeciones ajenas a las pretensiones de las partes. De acuerdo a todo lo antedicho, podemos concluir que el carácter total de la revisión no implica per se que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de una sentencia o de un veredicto de culpabilidad, deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa, porque al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la decisión impugnada le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador. Salvo, claro está, que se detecten evidentes y groseras irregularidades en la realización de actos procesales dentro del marco de debido proceso legal, cuya apreciación determine la necesidad y el interés jurídico en la anulación de la actividad viciada (art. 198, 199, ss. y cc. del CPP.) y siempre con el debido respeto a la regla de la deferencia por la decisión del jurado popular.

2- Preguntas guía para revisar el veredicto popular recaído.

Sentado cuanto precede, volvamos sobre las preguntas que guiarán nuestra revisión casatoria del veredicto popular recaído acerca de: a) si es posible, con las pruebas producidas en el juicio, arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; b) si el jurado, con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos y las instrucciones que se les impartieron, tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la prueba o evidencia. A las dos preguntas entiendo cabe darles respuesta afirmativa pues entiendo que el veredicto popular por el que se declarara culpable a Víctor Hugo Acuña del homicidio agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación y agravado por el uso de arma de fuego encuentra sustento en los elementos de convicción suficientes producidos e incorporados en el debate. Estos fueron analizados conforme las instrucciones iniciales y finales otorgadas al jurado, lo que lo convierte en veredicto posible y, por tanto, no existe arbitrariedad que permita su nulificación, tal como pretende la defensa. El recurrente centra su crítica únicamente en la labor del Ingeniero Juan Fernando Zalazar, quien tiene a su cargo el manejo del microscopio de barrido electrónico (MEB) del Cuerpo Médico Forense, y ello en cuanto –únicamente– a su afirmación sobre la distancia del disparo en un rango de 1,40 a 1.70 metros, que desvirtuaría la hipótesis de la existencia de un forcejeo y una distancia de disparo menor a un metro. Digo esto pues la misma metodología fue utilizada respecto de la ropa y manos del acusado, así como las manos de la víctima, pero hacia allí la defensa no dirige crítica alguna. Más aún, es utilizada para reforzar su teoría del caso. Al respecto debe decirse que avala el accionar del profesional no sólo su trayectoria laboral y académica, su experiencia en innumerables exámenes técnicos efectuados con dicha metodología –más de 4200 y de 2000 sobre prendas de vestir– sino la utilización de uno de los cuatro microscopios existentes en el país, de gran sofisticación tecnológica y que funcionan del mismo modo. Por otra parte, dicho método no aparece de mucha complejidad en la toma de muestras ni es una creación azarosa de Zalazar como pretende hacerlo ver la defensa. Por el contrario, deviene una mejora cuantitativa y cualitativa en el hallazgo y conteo de las partículas de pólvora, principalmente existentes

en la ropa, pues se utilizan stubs para su levantamiento. Este dispositivo específico permite la visualización y conteo que no arroja margen de error, a decir del propio Comisario Narváez, (ver registro audiovisual 0013 del día 05/08/2020, en la jornada de mañana, a partir del minuto 00:07:30) y en su utilización se sigue un protocolo de acuerdo a normas de calidad ISO 9000. Igualmente, los cálculos de distancia corresponden a fórmulas en las que se emplean las leyes de la física, particularmente de la cinética y leyes de Newton. En el caso de las presentes actuaciones se efectuaron pruebas desde los 0,10 centímetros hasta los 3 metros (ver registro audiovisual 0014 del día 05/08/2020, en la jornada de tarde, a partir del minuto 00:05:50). Debo señalar también que no sólo se realizó el conteo de partículas en la remera de Lorena Segura sino que se efectuaron pruebas mecánicas de tiro con arma, proyectiles y materiales similares e, incluso, hojas de papel a diferentes distancias, las que también fueron evaluadas con el microscopio a fin de determinar si la concentración hallada era similar lo que arrojó resultado positivo. Cuestiona la defensa, en contraposición a lo indicado por el Comisario Narváez cuando se exploya sobre el principio de correspondencia para obtener patrones, que debió utilizarse la misma arma, proyectiles y condiciones (ver registro audiovisual 0006 del día 05/08/2020, jornada de mañana, a partir del minuto 00:10:20). Refiere esto, atento a que Zalazar no utilizó en las pruebas la misma arma. Ahora bien, de su testimonial surge claramente que se dirigió al departamento de General Alvear y con la misma arma secuestrada efectuó las mismas pruebas y arrojó los mismos resultados (ver registro audiovisual 0013 del día 05/08/2020, a la tarde, a partir del minuto 00:00:27). A lo señalado debe sumarse que refirió expresamente que el resultado de las dos armas es coherente, estableciendo una distancia en un rango que va de 1,40 metros a 1,70 metros, nunca a sesenta centímetros (ver registro audiovisual 0015 del día 05/08/2020, jornada de tarde, a partir del minuto 00:12:28; ídem 0014, audiencia del mismo día, de tarde, minuto 00:01:35). Respecto de la posible contaminación de las prendas por una equivocada manipulación –téngase en cuenta que en eso la defensa hace fuerte hincapié en base a que Narváez señaló que si se parte de pruebas contaminadas los resultados pueden ser equívocos, no categóricos y concluyentes (ver registro audiovisual 0007 del día 05/08/2020, jornada de mañana, primera parte, a partir del minuto 00:04:70)– debe señalarse que Zalazar, a preguntas de la Fiscalía contestó que puede haber una contaminación orgánica, con sangre, que en general es lo que sucede en toda guardia cuando ingresa un herido porque es necesario atender la emergencia y la ropa llega toda mezclada, pero que las partículas no se mueven, quedan en la ropa, son partículas pequeñas, que no se salen, salvo al lavarlas o utilizarlas durante muchas horas (ver registros audiovisuales 0015 del día 05/08/2020, jornada de tarde, a partir del minuto 00:10:26 y continúa en registro 0016 del mismo día, jornada de tarde, a partir del minuto 00:00:00 hasta el minuto 00:03:00). Respecto del arma de fuego resulta de gran utilidad el testimonio del Oficial Licenciado en Balística Forense Macci, puesto que de éste surge que el arma de Acuña funcionaba correctamente, fue probada con su cargador y cuatro de los cartuchos secuestrados, además de otros cuatro cartuchos externos. También explicó las características, partes y su funcionamiento (ver registro audiovisual del día 05/08/2020, en jornada de tarde, primera parte, 0002, a partir del minuto 00:03:41 en adelante). Por su parte aportó que dicha arma contaba con cuatro seguros, dos manuales y dos automáticos por razones de seguridad; que al tratarse de un arma semiautomática la primera carga se realiza en forma manual haciendo hacia atrás la corredera la que, al volver, coloca un cartucho en la recámara. Señaló que para que éste se dispare es necesario accionar la cola del disparador o gatillo, entonces sale el proyectil y al regresar la corredera expulsa la vaina y vuelve a cargar otro cartucho en la recámara (ver registro audiovisual 0002 del día 05/08/2020, en jornada de tarde, primera parte, a partir del minuto 00:01:25 en adelante). Agregó que para volver a disparar sólo se necesita apretar el gatillo (ver

registro audiovisual 0002 del día 05/08/2020, en jornada de tarde, primera parte, a partir del minuto 00:04:50). Refirió también no haber visto lesiones por mordedura de corredera, que ésta es muy rápida, que se enseña el uso siempre en seco, que todo policía debe saber cómo cargar y descargar el arma y que no ha visto que la misma sea sostenida, que no sabe por qué pudo quedar una vaina no expulsada pero que todos los cartuchos funcionaron correctamente (ver registro audiovisual 0002 del día 05/08/2020, en jornada de tarde, primera parte, a partir del minuto 00:08:16). En cuanto a la capacitación se explayaron el Oficial Torrecilla y el Subcomisario Ludueña, ambos capacitadores de policías, con diecisiete y veinticuatro años respectivamente en la fuerza, quienes explicaron que hasta el año 2013 las capacitaciones del Plan Anual de Adiestramiento eran en dos etapas y voluntarias, pero se las ingeniaban para hacerlos comparecer a través de una orden de servicio para los policías en actividad, recibiendo de igual modo la formación necesaria en el curso de cadetes o auxiliares. A partir de dicho año, pasaron a ser obligatorias, añadiendo que dichas prácticas son realizadas con simulación de situaciones de peligro, riesgo, etc. (ver registros audiovisuales 0004 del día 05/08/2020, jornada de tarde, minuto 00:08:14 en adelante; del mismo día y de tarde, 0005 a 0008). También mencionaron que por medio de la frecuencia policial en forma permanente se repiten consejos acerca del uso y seguridad del arma de fuego provista. Todos los demás agentes policiales, Serpa, Zárate, Gallego y Salinas, algunos con desempeño en Policía Científica y otros en Comisaría, coincidieron sobre una pregunta general acerca del funcionamiento del arma, de las directivas que se les impartían, de la capacitación recibida al efecto y de las seguridades que respecto de la misma se deben tener y los casos en que debe ser utilizada. Si bien, tal como afirma la defensa, sus familiares, el amigo de Acuña y sus vecinos refirieron que la relación entre el acusado y Lorena Segura era excelente, debe considerarse también el testimonio de las amigas de aquélla –Johana Paola Fernández y Noelia Julieta Cascallares– quienes relataron ciertas desavenencias manifestadas por Lorena Segura. Se consideró un hecho probado la existencia de una discusión entre ambos el día de los hechos así como la utilización del arma de fuego reglamentaria de Acuña (ver Fundamentos a fs. 1.114 y vta., Acuerdos probatorios, puntos 9 a 11). El acusado inicialmente afirmó haber ido en busca del arma que estaba con su cartuchera y cinturón sobre un placard en la habitación contigua a la matrimonial con intenciones de quitarse la vida, no obstante siempre haber hablado de un accidente. Así surge de la declaración de Sandra Salinas Amarilla, vecina que lo acompaña en el traslado al hospital, quien es a su vez amiga y funcionaria policial y de Laura Silvana Miranda Constanzo, agente de policía de guardia en el Hospital Enfermeros Argentinos. Sin embargo, Acuña en el debate aseguró que su esposa fue en busca del arma, a pesar de la escasa estatura de ésta y la altura del placard, en la que, por otra parte, se advierte de la fotografía agregada, quedó la cartuchera y el cinturón.

3- Resolución del planteo.

De toda la reseña realizada no puedo sino concluir que evidentemente el plexo probatorio de la causa hizo posible el veredicto condenatorio del jurado popular, pues además de encontrarse entre las probables y racionales opciones con que contaba, aquél también responde a las reglas del recto razonamiento y a los principios de la lógica, la experiencia y el sentido común. En el mismo sentido cabe contestar la segunda pregunta. Conforme las instrucciones impartidas, considero que el jurado popular contó con los elementos mínimos necesarios y esenciales para válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la prueba o evidencia. A tal punto ello es así, que se alcanzó por unanimidad un veredicto, que, si bien se encontraba dentro de las opciones suministradas, no acordaba con ninguna de las teorías del caso de las partes.

f- Rechazo al planteo de veredicto en estado de duda razonable.

Esta última afirmación permite descartar también la alegación de la defensa según la cual no se alcanzó la certeza necesaria para dictar un veredicto de culpabilidad más allá de toda duda razonable. En efecto, el jurado fue instruido debidamente acerca de los parámetros necesarios para alcanzar un veredicto de culpabilidad instruyéndolos sobre el concepto de «duda razonable», específicamente acerca de que nuestro ordenamiento procesal requiere certeza absoluta y que, de lo contrario, debe operar el beneficio de la duda contenido en el art. 2 del CPP. Del mismo modo, la defensa no ha planteado cuestionamiento alguno a las instrucciones impartidas al jurado al respecto, las que además fueron suscriptas por iniciativa de la jueza técnica por todas las partes (véase fs. 1077/1092). Dos consideraciones me persuaden de su rechazo. La primera, en el orden formal, pues no ha habido cuestionamiento ni se ha invocado error alguno respecto del concepto e instrucciones que acerca de ello se impartió al jurado. La segunda, de corte sustancial o material, en tanto el examen de las instrucciones que al respecto fueron transmitidas al jurado me convence de su corrección. Veamos. De las instrucciones generales, particularmente la N° 1.9 –sobre «Presunción de inocencia, negativa a declarar, peso de la duda y duda razonable»–, así como la N° 2.3 –respecto a «Duda razonable»–, que fueron leídas al jurado, se advierte que el concepto fue ampliamente explicado, por lo que el argumento de la defensa deviene, en sí mismo, ineficiente para impugnar el alcance de aquel estándar. La defensa afirma que del método de reconstrucción histórica se debería haber arribado a un veredicto de culpabilidad por la figura de homicidio culposo. Del mismo modo afirman que la certeza sobre los hechos nunca puede exigirse que sea absoluta, pues mediante el proceso judicial se trata de reconstruir hechos del pasado. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que «[t]oda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis [...]»–v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua», párrafos 259 y 262, precedente que la CSJN tomó en consideración en «Canales», Fallos 342:697–. En definitiva, las alegaciones de la defensa de Acuña sobre este punto no logran dar cuenta del carácter eminentemente valorativo de la tarea de asignar mérito a la prueba. De tal manera, el agravio debe ser también rechazado por no haber explicado mínimamente de qué manera el concepto de «certeza absoluta» que propugna se diferencia de la noción de «certeza más allá de toda duda razonable» que instruyó al jurado la jueza técnica, considerando las afirmaciones que ésta realizó sobre la forma de determinar la razonabilidad de la duda.

g- Rechazo al planteo de falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal

c.- Consideraciones acerca de los vicios relacionados con el concepto de proceso adversarial y la falta de objetividad del Ministerio Público La defensa sostiene que el juicio adversarial no supone de modo alguno que el Ministerio Público Fiscal deba adecuar su teoría del caso a la acusación principal pues su premisa ha de ser el descubrimiento de la verdad objetiva, debiendo primar la objetividad de actuación de éste (arts. 167, 351 y 357 del CPP). Ello por cuanto considera que se soslayó la actuación de Policía Científica, que no se citó en la investigación a declarar al Comisario Narváez ni al Oficial Polak y que, luego del debate, se siguió persistiendo con la existencia de dolo directo cuando, a su criterio, el disparo se produjo a menos de un metro de distancia y los disparos fueron no intencionales o no voluntarios. No advierto de modo alguno la existencia de un vicio sustantivo ni entiendo de qué modo este concepto de proceso adversarial unido a una supuesta falta de objetividad pudo haber incidido en el resultado del juicio, más cuando no fue la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal la elegida como opción de veredicto por el jurado. Valga

recordar, que es el Ministerio Público Fiscal quien ostenta la titularidad de la acción pública –art. 8 del CPP– y dirige la investigación criminal, sin perjuicio de las pruebas que válidamente puedan ofrecer las partes durante aquélla. Del mismo modo, su actuación está regulada expresamente no sólo por las normas de nuestro Código Procesal Penal (arts. 83 y ss. principalmente) sino por la ley 8.008, ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, que efectivamente en su art. 3 establece, dentro de los principios de actuación, el principio de objetividad, al disponer que «[a]ctuará de un modo objetivo, fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, de la Constitución Provincial y de las leyes». Entiendo que la defensa nuevamente confunde el ejercicio autónomo de la acción penal, que incluye la facultad de diagramar de su propia teoría del caso conforme la prueba producida y por la que entiende se avala la mecánica del hecho por parte de la Fiscalía, con la violación a sus funciones por el solo hecho de no compartir la visión o teoría del caso que la defensa sostiene. Solo estamos ante la falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal cuando, de la prueba legítima resulta evidente, por imposibilidad, sostener su teoría del caso, circunstancia que no ha invocado ni probado el quejoso y que de ningún modo se advierte. Esta mera discrepancia que subyace a la invocación del agravio me persuaden de su rechazo.

h- Rechazo del agravio de errónea aplicación del inc. 1 del art. 80 del CP en su tipo subjetivo.

d.- Errónea aplicación de la ley sustantiva respecto del inciso 1 del art. 80 en relación al tipo subjetivo –dolo eventual– En relación con este agravio debe decirse que la defensa no desarrolla las razones por las que entendería que nos encontraríamos frente a una figura culposa, ya sea de culpa consciente o inconsciente, aun cuando sea de recibo que ello surge tácitamente de la teoría del caso sostenida. Sin embargo, es en el mismo recurso donde entiendo que la defensa da respuesta a su propio planteo, cuando sólo menciona la existencia del problema dogmático de distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual, –otra vez sin tratamiento alguno–, y transcribe las instrucciones de la jueza técnica respecto del dolo eventual –que no cuestionara oportunamente– y del homicidio culposo. Sobre esa base concluye que el jurado optó por la figura más grave. De tal manera puede afirmarse que la defensa no concreta el agravio en el plano teórico y sus consideraciones ni tan siquiera resultan abstractas. Esto en razón de que no desarrolla siquiera la figura del homicidio culposo sostenida en sus alegatos iniciales y finales, ni explica cuál es el límite existente entre el dolo eventual y la culpa con representación en el caso de Acuña y por qué razón ésta última era la que debía aplicarse al caso. Señalar únicamente que es erróneo y tácitamente colegir que el razonamiento correcto es el propio, rechazando la decisión del jurado, sin proponer o explicar una solución diferente que considera más adecuada, no resulta una argumentación suficiente para rebatir la decisión cuestionada. Ello sólo revela una mera discrepancia con la resolución recaída basada, fundamentalmente, en el rol que se desempeña. Más allá de lo señalado, debe agregarse que el pretendido vicio alegado se corresponde en realidad con una valoración de la prueba disímil a la sostenida por esta parte y que condujo al jurado popular a su veredicto. Todas estas razones me convencen acerca de la desestimación del agravio.

i- Rechazo al planteo de errónea mensuración del monto de pena.

e.- Errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP en la mensuración de la pena Este vicio, tal como adelanté al comienzo de la solución, por razones metodológicas, pues en gran parte depende de las conclusiones anteriores, debe ser tratado a continuación. El agravio principal se centra en el quantum de la pena impuesta por la jueza técnica en el juicio de cesura (art. 38 inc. b de la ley 9106). Es decir, la defensa cuestiona el apartamiento del mínimo legal, que fija en 8 años, debido a lo que considera una errónea evaluación de los parámetros contenidos en los arts. 40 y 41 del CP. Considerando que los mínimos de la

pena son indicativos, que su apartamiento no vulnera ninguna garantía y que la pena no resulta necesaria por resultar contraproducente, señalado incluso por la familia de Lorena Segura y aceptando incluso error del Ministerio Público que fijó un mínimo legal de 8 años, solicitan dicho monto por entenderla ajustada al grado de culpabilidad y al requerimiento preventivo. Recordemos que el veredicto del jurado popular encontró al acusado culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación y agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 1 en función con el último párrafo del mismo artículo y 41 bis del CP). La jueza técnica, escuchadas las partes, y dentro de una escala que va de los diez años y ocho meses a veinticinco años de prisión –límite superior conforme la pena solicitada por el fiscal– impuso una pena de quince años de prisión la que fundamentó extensamente, tal como oralizara en la audiencia del día 13 de agosto de 2020 y consta por escrito a fs. 1128/1130 como contenido de la tercera cuestión de los fundamentos de la sentencia N° 1198. Al respecto la jueza explicó, con cita de doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y no sea mayor a la culpabilidad del acusado, razonamiento que es idéntico al que esboza la defensa. Luego expresó las razones que la llevaban a apartarse del mínimo legal, así como a considerar excesivo el solicitado por el Ministerio Público Fiscal. También señaló aquellas circunstancias que descartaba por configurar una doble valoración prohibida por la ley –la pérdida de una vida humana, la condición de esposa del acusado o el uso del arma de fuego–, para luego detallar las que, a su juicio, operaban como agravantes y atenuantes en orden a los artículos 40 y 41 del CP. En efecto, como circunstancias agravantes consideró: la edad del autor; su condición de funcionario policial formado y contratado por el Estado provincial para garantizar la seguridad de los ciudadanos; el uso en el hecho del arma reglamentaria provista por Policía de Mendoza para ser utilizada en los casos que la ley autoriza como deshonra a la confianza puesta en él por el Estado; los motivos que lo llevaron a delinquir –una simple discusión familiar con una reacción desproporcionada de tal intensidad como para colocar el arma en dicha escena–; la presencia de un niño durante el hecho –su hijo Benjamín– colocándolo en peligro y en condiciones de presenciar el acto violento de la muerte de su madre; la privación de la vida y presencia física de la madre respecto del hijo en común; la condición de varón del acusado en una relación desigual de poder – con la aclaración de que no se trataba ello de una doble valoración–; y, la circunstancia, que cegó la vida de una persona joven, que se iniciaba en la maternidad. Por su parte, como atenuantes, valoró: la escasa posibilidad de reiteración criminal; un menor contenido de injusto y del consecuente reproche al haberse considerado, conforme las circunstancias del caso, válida la posible inclinación del jurado por el dolo eventual; la ausencia de antecedentes penales merituables; la escasa edad del hijo en común y la privación a éste de su padre por el cumplimiento de la condena; y, por último, el dolor que la privación de libertad del acusado causaba a los parientes de la víctima que lo consideran como un hijo y ya lo habían perdonado. Así concluye que el monto de quince años impuesto era, a su criterio, la pena justa en el caso concreto. Liminarmente cabe señalar que dicho monto se encuentra determinado dentro, por un lado, del marco de la pena individualizada en forma general por el legislador y, por el otro, de la solicitada por el Ministerio Público Fiscal conforme el tipo penal aplicable por el que optara el jurado popular en el veredicto recaído. Por lo que la misma, formalmente y desde aquellos aspectos, resulta ajustada a derecho. Por otra parte, materialmente y en orden a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del CP, la jueza técnica ha aplicado correctamente todas aquellas circunstancias y criterios que fundamentan el monto definitivo de la sanción impuesta. No se advierte, en consecuencia, vicios capaces de controvertir el razonamiento seguido por lo que, en este aspecto, el fallo también debe ser convalidado. Si bien es cierto que los

critérios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes. En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver al respecto «Córdoba, Jorge Antonio»). Contrariamente a lo señalado por la defensa la jueza técnica ha justificado las razones por las cuales entiende correspondía distanciarse del mínimo legal y se ha alejado suficientemente de la pena peticionada por el acusador público. Recordemos que el mínimo legal estaba fijado en diez años y ocho meses de prisión y que el Ministerio Público peticionó veinticinco años, por lo que la pena de quince años impuesta se encuentra en el término medio de dicha escala. Dicho esto, en el caso, tres son las críticas en las que la defensa centra su disenso. El impugnante cuestiona en primer lugar circunstancias personales, tales la edad del imputado, su condición de funcionario policial con escasa capacitación y el uso del arma reglamentaria – agravantes para la jueza de cesura– que, a su criterio, debían ser consideradas atenuantes. Comparto con la jueza técnica que Acuña, si bien es una persona joven, cuenta con suficiente experiencia de vida y por ello era esperable que actuara con mayor prudencia y cordura. La supuesta falta de capacitación alegada en cuanto al uso del arma ha sido desvirtuada con la prueba rendida; a lo que ha de sumarse que el acusado revistaba en la fuerza una antigüedad de casi ocho años. Además debe ponderarse que su familia política estaba formada también por policías y que, incluso, el arma se encontraba sobre un placard de una habitación contigua a decir del propio acusado. Ello denota acabado conocimiento de las condiciones de seguridad en la que ésta debía mantenerse, a resguardo y para evitar posibles daños a terceros. Del mismo modo, cabe concluir que el uso del arma de fuego ha sido considerado en tanto arma reglamentaria, provista por el Estado provincial para el ejercicio de sus funciones, lo que implicaba limitaciones evidentes de uso conocidas por el autor y, en consecuencia, susceptibles de incrementar el grado de culpabilidad de éste. Al efecto y en relación con la edad del acusado debe decirse que ella «[...] no puede jugar de otra manera que como indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida» (Fleming, Abel y López Viñals, Pablo; “Las Penas”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2009, p. 397). La posición profesional del autor también ha sido debidamente analizada, aun cuando la defensa la vincula únicamente a la capacitación en el uso de arma de fuego, en un contexto sociocultural y puede aparecer generando, junto a otros factores, una mayor comprensión de lo ilícito o un mayor deber de abstención, pero «[l]a dedicación habitual del autor puede ser objeto de una valoración aislada y específica en cuyo caso sólo puede tener efecto agravante de la sanción cuando sirve para fundamentar deberes incrementados respecto del bien jurídico lesionado» (Fleming, Abel y López Viñals, Pablo; “Las Penas”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2009, p. 404). Tal el caso de Acuña, dada su condición de policía en actividad y, por ello, portador legítimo de arma de fuego. Estos extremos constituyen un indicador más –de acuerdo al criterio de proporcionalidad– para alejarse del mínimo de la escala legal, tal como ha sostenido la jueza de cesura. Puntualiza someramente la defensa la existencia de doble valoración respecto de la privación de madre al hijo en común, a quien pusiera en peligro y en condiciones de presenciar la muerte de su propia madre y la juventud de la víctima recién iniciada en la maternidad por hallarse contenidas en el tipo. Al respecto entiendo que no logra demostrar la defensa, dadas las explicaciones brindadas por la jueza (ver fundamentos de fs. 1154, párrafo 5 y 1155, párrafo 3), razones en contrario a dicho razonamiento que comparto y justifican mayor intensidad de reproche en tanto existe mayor extensión del daño causado.

En esta dirección se ha expedido la doctrina al señalar que «[...] en muchos supuestos las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, 2ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 137). Este criterio ha sido seguido por este Tribunal en diversos precedentes. («Córdoba, Jorge Antonio», «Zapata Ojeda»; «Luna Cisterna»; «Giménez Chandía»; «Castro, Luis Sebastián»). En cuanto al cuestionamiento relacionado con el Punto 7 de la tercera cuestión de la sentencia impugnada –vinculación del caso a la violencia de género– dicha ponderación por la jueza se vincula con la consideración de mayor culpabilidad del acusado, criterio válido de conformidad con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. Finalmente, es necesario destacar que el aprecio del hijo del acusado como el de los parientes de la víctima, ha sido considerado como atenuante junto a su falta de antecedentes aun desde la perspectiva de terceros (ver fundamentos fs. 1155 vta., puntos 4 y 5), tornando al agravio abstracto en este sentido. Tampoco clarifica la defensa la incidencia en el monto de la pena, dentro de otras circunstancias personales, del tiempo que el acusado llevaba en prisión domiciliaria y la inexistencia de riesgo procesal. De tal manera, al valorar adecuadamente la jueza técnica todas aquellas circunstancias, atenuantes y agravantes en orden a la legislación aplicable, no existiendo en el caso afectación de su proporcionalidad en orden a su constitucionalidad, considero suficientemente fundado el monto de la pena impuesta, por lo que entiendo no resulta procedente el cuestionamiento de la pena formulado.

j- Resolución final

f.- Conclusión De acuerdo con las consideraciones realizadas en los puntos precedentes, en opinión concordante del señor Procurador General, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Garay Cueli y Llorente y Dra. Day. Adhieren por sus fundamentos.

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

Voto Dr. Adaro. Adhiere y formula observaciones.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN POR SU VOTO, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

a- Perspectiva de género de operadores/as del derecho y miembros del jurado popular.

Si bien comparto la solución que se propugna en el voto preopinante, me permito realizar algunas observaciones vinculadas con la necesaria perspectiva de género que deben tener los/as distintos/as operadores/as del derecho y los/as integrantes del jurado popular –debido a la función judicial que ejercen en los casos donde se los convoca– al momento de valorar los hechos en donde una mujer es víctima de un delito por parte de un varón. Ello por cuanto la perspectiva de género es fundamental para determinar si el hecho tuvo lugar por razones de género (al respecto, ver lo señalado en mi voto en el precedente «Di Cesare Melli»). En primer orden, debo destacar que la jueza técnica, luego del veredicto del jurado popular y de la audiencia de cesura correspondiente, al determinar la pena aplicable al acusado consideró, como una circunstancia agravante, en los términos del art. 40 y 41 del CP, que «[...] estamos ante un caso en el que el varón aparece desplegando poder sobre la mujer, en una relación que se evidencia en ese aspecto como desigual, en la que no hay paridad. Hay un trato violento, agresivo e

intimidatorio hacia la mujer». A ello agregó que «[e]l Estado argentino se ha obligado internacionalmente a la prevención, sanción y erradicación de este tipo de conductas, a través de la suscripción de la Convención de Belem do Pará, ley 24.632, por lo que debe necesariamente esta circunstancia a la que me refiero, ser tomada en consideración como un parámetro mensurativo de la pena. Además, es relevante también que la sociedad advierta, a través de la pena como acto de comunicación, que estas conductas no serán de ningún modo toleradas» (ver fundamentos, fs. 1155). Aunque los argumentos precedentemente transcriptos fueron motivo de agravio por parte del censurante en esta instancia, lo cierto es que en el voto preopinante –en opinión que comparto– se consideran adecuados las consideraciones expuestas por la jueza de la instancia previa para mensurar el monto de la pena impuesto al acusado. De este modo, y no obstante los tipos penales propuestos en las instrucciones finales (ver fs. 1122/1125) –donde no se incluyó el tipo penal previsto en el art. 80 inc. 11 del CP–, la jueza técnica –con base en los distintos los elementos de juicio incorporados al debate– entendió que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género. Del mismo modo, el representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de realizarse la audiencia para informar de manera oral, sostuvo que «[...]sin dudas que estamos ante la presencia de una situación de violencia contra la mujer que debe ser ponderada al momento de confirmar el veredicto y el monto de la pena» (informe audiencia oral, del día 19 de agosto del 2021, a partir del minuto 42:24). También hizo referencia a la violencia psicológica que sufría la víctima y la violencia física que sufrió al momento del hecho. Por su parte, aludió a la violencia económica a la que estaba sometida la víctima por los problemas de adicción al juego que tenía el acusado (ver, a partir del minuto 41:50). En este entendimiento, debo señalar que no comparto la decisión –a mi juicio precipitada– del fiscal a cargo de la investigación en los primeros momentos de ella en tanto se expidió sobre la falta de acreditación del contexto de género. Ello se vio reflejado en el cambio de calificación legal cuando recién había transcurrido un día de acontecido el hecho (ver decreto de modificación de avoque de fs. 51, de fecha 16 de abril de 2018). Según se advierte tal decisión tuvo como fundamento las primeras testimoniales incorporadas a la causa, entre ellas, la declaración de Roberto Segura (fs. 23) e Hilda Laszuk (fs. 24) –progenitores de la víctima L.S.–, Juliana Olivas (fs. 9) y Sandra Salinas (fs. 10) –vecinas del acusado Acuña–, Nilda Acuña (fs. 28) –progenitora del acusado–, Sergio Montoya (fs. 29), Gustavo Redondo (fs. 30) y Enzo Pérez (fs. 32) –amigos del acusado–. Todas estas personas dieron cuenta que existía una buena relación entre la víctima y el acusado, y que no habían advertido ninguna situación de violencia entre ambos. Sin embargo, con posterioridad se incorporaron declaraciones testimoniales que introdujeron una visión distinta de la relación que mantenían el acusado y la víctima. Entre ellas, Johana Fernández (fs. 447), amiga de la víctima, quien sostuvo que Acuña «[...] la trataba mal, de manera despectiva, tenía complejo de superioridad respecto de ella» (ver, fs. 447 vta.).

Por su parte, Natalia Guajardo refirió que Acuña manipulaba a L.S., como así también, remarcó el problema económico y los distintos roles de la pareja, entre ellos, que Acuña tenía una vida social muy activa y no le prestaba la debida atención a su hijo y que, por el contrario, ella cumplía solo su rol de madre (fs. 462).

Por su parte, Julieta Cascallares sostuvo que la víctima tenía sospechas de infidelidad por parte de Acuña y también hizo referencia al aspecto económico como consecuencia de la conducta asumida por el acusado (fs. 464). Advierto así que los indicios que se desprenden de estas testimoniales no tuvieron la misma consideración por parte del representante del Ministerio Fiscal o, al menos, no explicó por qué estos nuevos conceptos sobre el vínculo entre el acusado y la víctima no tuvieron incidencia en la determinación de los hechos y su posible calificación legal. Del mismo modo, cabe referir que los informes

de fs. 403/410 concluyeron sobre la existencia de dos disparos de arma de fuego efectuados por el acusado –policía en actividad–, en donde también se determinó que no hubo un forcejeo entre las partes previo al disparo que provocó el deceso de L.S. Esto implicó descartar una conducta imprudente o accidental por parte del acusado, circunstancias éstas que conformaron, en definitiva, la hipótesis acusatoria.

b- Estándares en casos prima facie con víctimas de violencia de género.

Conforme a ello, entiendo que las conclusiones de esos informes también constituyeron indicios relevantes en orden a determinar las circunstancias del hecho y su explicación a la luz de los estándares de la interpretación de la prueba desarrollados por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en los casos donde la mujer prima facie se presente como víctima de violencia de género. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que «[...] el deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres». También reconoció que «[a] menudo es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violenta contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género [...]. Dicha imposibilidad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas» (Corte IDH, «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala», Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de mayo de 2014, párr.186/7; Corte IDH, «Caso Velázquez Paíz vs. Guatemala». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre de 2015, párr. 146). Por su parte, el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) incluye exigencias similares en materia de recolección de prueba. De este modo, en casos como el presente, donde la muerte violenta de una mujer tiene lugar en un contexto intrafamiliar, este protocolo recomienda indagar en los signos, indicios y circunstancias que rodearon la muerte, en particular los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género previa (párr. 224 y ss.). Así, se indica que deberá tenerse en cuenta la historia de la mujer víctima para contextualizar la investigación y poder resolver adecuadamente el crimen (párr. 227) (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional para América Central y ONU Mujeres, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, ONU) advierte la mayor visibilidad del femicidio y la necesidad de adoptar medidas para su prevención y sanción. Sobre esta base, enfatiza la necesidad de dar seguimiento a la aplicación de dicho tipo penal y sus agravantes por las y los jueces y fiscales. Por otra parte, a nivel nacional, la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios

graves, precisos y concordantes. En este orden, referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Dicho esto, no debe soslayarse que el propio fiscal al momento de formular sus alegatos de clausura desvirtuó a los mismos testigos que, en los albores de la investigación, dieron sustento a su decisión de desestimar la línea de investigación en orden a determinar la existencia de un posible contexto de violencia de género. En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad procesal señalada sostuvo que estos testigos, entre ellos, los progenitores de L.S., quisieron beneficiar al acusado para que el hijo de éste tuviera un padre en libertad (ver registros audiovisuales, día 6 de agosto del 2020, a partir del minuto 2:09). A partir de lo señalado estimo que el representante del Ministerio Fiscal –en cumplimiento de los compromisos convencionales asumidos por el Estado argentino en la materia– debió profundizar la línea de investigación que se inició el día que aconteció el hecho (ver decreto de avoque de fs. 7, de fecha 15 de abril del 2018) a fin de detectar posibles estructuras asimétricas de poder en el vínculo entre la víctima y el acusado. Relación asimétrica que fue debidamente considerada por la jueza técnica al momento de la determinación de la pena y alegada por el Ministerio Público Fiscal, tanto en los alegatos de clausura como en esta instancia recursiva. No debe soslayarse en este punto que existen violencias que resultan menos visibles a la mirada de terceros, tales como la violencia simbólica o la psicológica. En estos casos –según advierto– se requiere un mayor esfuerzo en la recaudación de indicios y en su interpretación por parte de los operadores del derecho, para detectar el factor cultural que subyace y motiva las acciones de quien las ejecuta. Al respecto, sostuve en el precedente «Alaniz Pineira» que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género». En función de ello, señalé la necesidad de que el/la juzgador/ra comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Agregué que ello resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los/as operadores/as del derecho para su efectiva aplicación. En este orden, y vinculado a la responsabilidad que le puede caber al Estado argentino en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos por no actuar con la debida diligencia en la investigación y sanción de este tipo de hechos, la Corte IDH señaló que las autoridades pueden ser responsables por dejar de «[...] ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios». Así, también sostuvo que «[...] cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género» (Corte IDH, «Caso Veliz

Franco y otros vs. Guatemala». Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr.195 y 208; Corte IDH, «Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala». Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 64, párr. 230). Del mismo modo, la Corte IDH ha tenido oportunidad de sostener que «[...] en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará» (Corte IDH, «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México», Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 258). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha identificado la investigación como una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres, y ha afirmado que «[...] no se puede subestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables» (CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencias en las Américas, 2007, Capítulo I, B, párr. 38). Ello es así, en la medida que este tipo de omisiones o falta de diligencia en los/as operadores/as del derecho, impiden el ejercicio pleno y la garantía de los derechos humanos de las mujeres contemplados en instrumentos internacionales de derechos humanos y menoscaba el deber integral del Estado, en su función jurisdiccional, de actuar con la debida diligencia reforzada y con la perspectiva de género que demanda la normativa internacional en los casos como en el presente. En segundo lugar, cabe destacar que los institutos de la emoción violenta como las circunstancias extraordinarias de atenuación (receptados en los arts. 81 inc. 1 apartado a) y 80 último párrafo del CP, respectivamente) son categorías que históricamente han sido utilizadas para interpretar de manera menos gravosa la conducta violenta de los varones hacia las mujeres (Defensoría General de la Nación - Amnistía Internacional, «Femicidio y Debida Diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales», 2015, pág. 156). En similar sentido, y vinculado al consentimiento, o sus límites, prestado por la mujer víctima de violencia sexual, sostuve en el precedente «González» que «[...] la forma en que se toma las decisiones puede verse alterada en función de que las hipótesis denunciadas son frecuentemente contrastadas con las imágenes estereotipadas de víctimas y agresores, reduciendo de esta manera los márgenes legales de protección de este colectivo de personas en situación de vulnerabilidad». Sin embargo, el nuevo paradigma de género que –sin duda– ha impulsado las reformas legislativas en esta temática a través de la incorporación de nuevos tipos penales, ha visibilizado las desigualdades estructurales por razones de género. Es decir, los cambios socioculturales que han operado en las últimas décadas han permitido tener un nuevo enfoque sobre situaciones de violencia hacia la mujer que –bajo otros parámetros– eran naturalizadas o interpretadas como una consecuencia inevitable dentro de una estructura desigual de poder. En este orden de ideas, y vinculado a la opción finalmente seleccionada por los/as miembros del jurado popular al momento de emitir el veredicto de culpabilidad del acusado Acuña (homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación y agravado por el uso de arma de fuego – opción N° 4), me interesa señalar la importancia fundamental de la capacitación de los/as miembros del jurado en temas de género. Las/los integrantes del jurado cumplen un servicio esencial, en el ámbito de la justicia penal, participando en la toma de decisiones judiciales. Esto conlleva a que se les deba brindar las herramientas necesarias para comprender e interpretar los hechos con enfoque de género y garantizar –de este modo– un veredicto que cumpla con los compromisos asumidos por el Estado en esta temática. Incluso la agravante prevista por el art. 80, inc. 1 del CP obliga, de la misma manera, a tener una mirada de género para detectar las posibles relaciones asimétricas de poder y su incidencia en la conducta del acusado. Es decir, aun cuando la figura penal no contemple la violencia de

género como elemento del tipo, se requiere de perspectiva de género por parte de los/as miembros del jurado en el análisis de la prueba incorporada al proceso, siempre debiendo ser valorada bajo los criterios de la sana crítica racional y no sobre la base de razonamientos orientados por prejuicios o estereotipos de género. Del mismo modo, debo señalar que advierto en las instrucciones brindadas al jurado vinculada al elemento negativo de las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del CP, una interpretación restrictiva del precepto «violencia» (ver opción N° 3 punto E, fs. 1124), en tanto lo limita a los actos de violencia física cometidos con anterioridad al hecho objeto del proceso. De este modo, se les brindó a los/as integrantes del jurado una mirada sesgada de las diversas manifestaciones de violencia contra la mujer contempladas en las convenciones internacionales en la materia (arts. 4 y 5, ley 26.485; art.1 y 2, Convención Belém do Pará), invisibilizando –de esta manera– los distintos elementos de género que se encuentran presentes en este tipo de hechos. En definitiva, –según advierto– el déficit en la investigación de los antecedentes de violencia hacia la víctima L.S., sumado a la omisión de brindar en las instrucciones herramientas adecuadas a fin de que el jurado pudiera eventualmente detectar los estereotipos de género que sostienen las desigualdades estructurales contra la mujer, constituyeron un serio obstáculo para que los/as miembros del jurado tuvieran una mirada sensible al género y, con ello, la posibilidad de haber arribado a una solución distinta en su proceso deliberativo sobre la aplicación de las distintas opciones de veredicto.

Sobre esta cuestión, he sostenido en anteriores pronunciamientos (al respecto, ver mis votos en los precedentes **«Abel Mendoza», «Ortega Ragonesi» y «Tizza»**) que los juicios que se resuelven mediante jurados populares presentan un desafío frente a este escenario, dado que un elemento esencial del jurado es su carácter lego, ajeno a conocimientos jurídicos que, además, y en general, suelen ser complejos. Si bien la ley se presume conocida, lo cierto es que nos encontramos ante una etapa de cambio disruptivo –tanto en el nivel de las prácticas como en el normativo–, que alcanza tanto a los operadores jurídicos profesionales en funciones como a la sociedad toda.

Ahora bien, el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales.

La deconstrucción con perspectiva de género aporta, en este sentido, un paradigma desde el cual es posible revisar –entre otras cuestiones– los presupuestos desde los que se parte al analizar la responsabilidad delictiva. Esto ha motivado que tanto el Estado nacional como provincial hayan dictado leyes que obligan a todas las personas que se desempeñen en la función pública a capacitarse al respecto. Los/as miembros del jurado, como personas que ejercen función judicial (ver al respecto, CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales») de manera ocasional, deben encontrarse al tanto de la problemática y de la normativa y criterios relevantes para incorporar la perspectiva de género a la administración de justicia. Este mandato encuentra fundamento en la necesidad de garantizar una visión que neutralice los sesgos patriarcales en todo proceso judicial, incluso aquellos en los que interviene un jurado popular. En este punto debo destacar que –según creo– no resulta suficiente la facultad que la ley de juicio por jurados le otorga a las partes en la audiencia de selección o audiencia voir dire para recusar a los miembros del jurado seleccionados para el caso a juzgar (arts. 11, 13 y 14, ley 9.106).

Ello por cuanto es el Estado argentino quien tiene el mandato convencional de prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia la mujer por razones de género, mediante la tarea de «[...] modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o

superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer» (art. 8 inc. b, Convención Belem Do Pará; en el mismo sentido, art. 5 inc. a, Convención Cedaw y art. 2 inc. e, ley 26.485, de protección integral a las mujeres). Sentado ello, a mi entender, advierto dos oportunidades en las cuales debería dotarse al jurado de herramientas conceptuales y críticas que le permitan resolver con perspectiva de género los casos concretos que son llamados a juzgar.

c- Capacitación en materia de violencia de género

En los **precedentes «Abel Mendoza» y «Ortega Ragonesi»** he referido que la primera oportunidad debía tener lugar mediante una capacitación específica sobre la temática, antes o después de la audiencia de selección del jurado –voir dire–.

Sin embargo, entiendo necesario precisar la conveniencia que tal capacitación se realice a todas las personas que integren el listado principal de jurados (arts.7 y 8, ley 9.106). Ello por cuanto la función que desempeñan los integrantes del jurado, amén de implicar el ejercicio de la función judicial de manera ocasional constituye una carga pública (art. 4, ley 9.106) a la que el Estado le debe proporcionar las herramientas necesarias para desarrollarla conforme a los estándares convencionales en materia de género.

Al respecto, la ley 27.499 («Ley Micaela») establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres establecida para todas las personas que desempeñen la función pública, en todos sus niveles y jerarquías, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (art. 1).

A esta ley nacional la provincia de Mendoza adhirió mediante la ley 9.196. Por su parte, en función de aquellas disposiciones esta Suprema Corte de Justicia dictó la Acordada N° 29.318. La segunda oportunidad debe, a mi entender, producirse en las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado. El jurado interviene en los casos de delitos previstos por el art. 80 del CP, y los incs. 1, 4, 11 y 12 son casos que requieren específicamente, a nivel general, de instrucciones claras respecto de todos los aspectos relevantes sobre la problemática de género y, a nivel particular, sobre la o las figuras penales que se someten a juzgamiento, así como de la forma en que la perspectiva de género debe ser considerada al valorar la prueba.

Específicamente en el **precedente «Tizza»** destacué que «[s]umado a instrucciones claras y en lenguaje sencillo, entiendo que resulta necesario elaborar protocolos que aborden la temática de género y que incorporen, para mayor comprensión, la herramienta de design thinking o pensamiento de diseño»; herramienta y metodología utilizada también en los ámbitos de educación y capacitación, ya que permite que problemáticas o situaciones y/o documentos complejos puedan ser interpretados, a través de un formato fácil de entender, comprensible y empático. Sin embargo, en el marco de la función pública relevante que lleva a cabo cada miembro del jurado, la formación/capacitación que se realice no debe quedar sólo en el registro de su dictado, sino que implica adquirir conocimientos, cambiar actitudes y/o desarrollar habilidades. En mi opinión, se debe avanzar en la implementación de una evaluación integral e integrada.

Como propone Gairín Sallán, la evaluación como propuesta democrática, comunicación e instrumento de cambio; es decir, evaluación de impacto. Existen diversos modelos de evaluación de impacto en la formación como la de Phillips, de Wade, de Bravo, Contreras y Crespi, de Cervero y Rotter, de Grotelueschen, Jackson, de Robinson y Robinson, de Kirkpatrick, entre muchos otros. No obstante, la propuesta de evaluación de Donald L. Kirkpatrick ofrece cuatro niveles que representan una secuencia

de avances en la formación; siendo interesante para el caso que nos ocupa, el segundo nivel que implica la evaluación de impacto en el aprendizaje.

Es decir, evaluar si las actitudes han cambiado, o los conocimientos se han incorporado o incrementado, y/ o las habilidades han aumentado. Para ello se pueden utilizar diversas técnicas o metodologías para medir el aprendizaje, como grupos de experimentación, análisis del caso, prueba de actitud, habilidad y/o desempeño, test de aprendizaje, etc. (conf. **Gairín Sallán, Joaquín**, «La Evaluación del Impacto en Programas de Formación REICE», Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, vol. 8, núm. 5, 2010, pp. 19-43, Red Iberoamericana de Investigación Sobre Cambio y Eficacia Escolar Madrid, España, en versión electrónica: <https://www.redalyc.org/pdf/551/55119084002.pdf>; consultado el 3/12/2021.

En similar sentido, se encuentra la propuesta de evaluación y herramientas que propone la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, en su manual, cómo evaluar las actividades de capacitación en derechos humanos (Naciones Unidas, Manual para educadores en derechos humanos, Serie de capacitación profesional N° 18, en especial ver evaluación formativa p. 75 ss.) y/ o la evaluación de diagnóstico de capacidades de género que propone ONU Mujeres (ONU Mujeres Centro de Capacitación, Herramienta para el diagnóstico de capacidades en materia de igualdad de género, mayo 2016).

En definitiva, mi interés por señalar la necesidad de capacitar adecuadamente en materia de género a los/as integrantes del jurado encuentra razón en que ello aportará herramientas fundamentales para pueda establecerse de manera adecuada el juicio de convicción sobre la responsabilidad de los acusados. Ello debido a que a través de la ley 9.106 se juzgan hechos que implican la máxima expresión de violencia hacia la mujer.

Es así que, a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, entiendo que las consideraciones que he efectuado constituyen buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en la justicia.

Ello a fin de asegurar, por un lado, el ejercicio pleno y la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres contemplados en instrumentos internacionales de derechos humanos y, por otro, el deber integral del Estado, en su función jurisdiccional, de actuar con la debida diligencia y con la perspectiva de género que demanda la normativa internacional en los casos como en el presente. Por las razones expuestas, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere y formula consideraciones.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN POR SU VOTO, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia, comparto la solución a que se llega en el voto preopinante en relación con la desestimación de la impugnación.

a- Consideraciones de juicio por jurados y derecho al recurso de los acusados

Más allá de ello, considero importante realizar algunas consideraciones en relación con el enjuiciamiento por jurados y el derecho al recurso de las personas acusadas.

Particularmente, con la posibilidad de compatibilizar el derecho a una revisión integral de la sentencia condenatoria, reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el dictado de un veredicto condenatorio emitido por un jurado popular de acuerdo con la ley 9.106.

En primer lugar, considero fundamental destacar la importancia de la implementación del juicio por jurados en el ámbito de nuestra Provincia en razón de que «[...] es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia del saber técnico con la 'apreciación' propia del saber popular, congregando la

garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común».

De tal manera, la institución expresa «[...] el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo», donde el veredicto resulta «[...] una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc.» (CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», del voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda, considerandos 17 y 20).

Ahora bien, y como la propia Corte Suprema de Justicia destaca, la decisión acerca de la culpabilidad de la persona acusada por parte del jurado por medio del sistema de valoración de la prueba conocido como «íntima convicción» «[...] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia».

En función de esto «[...] pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)» (CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», del voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda, considerando 19).

En este orden coincide con los argumentos expresados por el Dr. Palermo en el precedente «Petean Pocoví», según los cuales «[...] el juicio por jurados tiene un reconocido origen anglosajón y se encuentra previsto por nuestra Constitución Nacional, que entre sus fuentes reconoce la Constitución de Estados Unidos.

Sin embargo, la posterior codificación que caracterizó nuestro sistema jurídico y la tradición organizativa de nuestros tribunales es propia del derecho continental europeo. A ello debe sumarse que la reforma constitucional de 1994 incorporó un conjunto de tratados internacionales fundamentales, dando lugar a lo que ha sido definido como un «bloque de constitucionalidad».

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

Ahora bien, «en lo que hace a la revisión de la sentencia en esta instancia, que el juicio fuera realizado con jurados no ha de cancelar el derecho al doble conforme del que goza el imputado. Ello por cuanto el juicio por jurados es plausible constitucionalmente con la CADH y el PIDCP únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho».

En razón de ello, «[...] los lineamientos establecidos por la CSJN y la CorteIDH – conf. **«Herrera Ulloa vs. Costa Rica»**, **«Zegarra Marín vs. Perú»**, **«Norín Catrimán y otros vs. Chile»**, **«Gorigotía vs. Argentina»**, **entre otros**- rigen plenamente tanto para el control de vicios in iudicando como in procedendo en casos de decisiones adoptadas con intervención de un jurado popular. El jurado aporta al juicio mayor legitimidad democrática, y ello se logra sin derogación alguna del derecho del acusado a la doble instancia».

Especialmente, en relación con la valoración de la prueba en el ámbito de juicio por jurados, debe señalarse que «[ú]nicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que este proceda a responder a las cuestiones planteadas sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al thema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria.

En este orden de ideas, la verdad de una premisa fáctica hace referencia a la idoneidad cualitativa y cuantitativa de una prueba para fundamentar un proceso lógico de fundamentación de la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

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

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

Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta. La idoneidad cuantitativa de una prueba, por su parte, presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver, en lo esencial, con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos. Así, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación» (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, sentencia del 7 de febrero de 2019, «**Petean Pocoví**», del voto del doctor **Palermo**).

Asimismo, estimo importante aclarar que la denominada regla de la deferencia debe conceptualizarse en aras de todos estos principios, sin que pueda en modo alguno entenderse restrictiva de las facultades revisoras de este Alto Tribunal.

Ello así pues debe garantizarse un recurso oportuno, accesible, amplio y eficaz, en los términos delineados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:3399; 331:2077; 332:422; 332:2705; 335:817; entre otros), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Caso “Gorigoitía vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2019; Caso “Mohamed vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012).

De tal manera, y tal como se advierte de las consideraciones antes expuestas, es posible admitir la compatibilidad existente entre el enjuiciamiento a través de jurados populares y el derecho al recurso de las personas acusadas, siempre con el alcance y en los términos formulados.

En este sentido, entiendo oportunas las apreciaciones formuladas por el doctor Valerio, en el mismo precedente antes referido, en tanto afirman que «[...] el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso» (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, sentencia 7 de febrero de 2019, «**Petean Pocoví**», del voto del doctor Valerio).

Todas esas pautas las entiendo cumplidas en el caso analizado debido a que toda la prueba de cargo obrante en la causa conduce, de manera plausible, al resultado alcanzado por el veredicto condenatorio del jurado popular. Acerca del examen probatorio arribo a las mismas conclusiones que expone el voto del Ministro que me precede.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Víctor Hugo Acuña.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

24- SANGUINA OSORIO. 14-12-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=714>

Lex: Art. 79 del CP.

Vox: Homicidio simple. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** por el delito de homicidio simple (arts. 79 del CP)

La **defensa** interpone recurso y cuestiona en primer lugar una vaguedad en la determinación de los hechos producto de la falta de prueba, también que se haya valido la sentencia de solamente la declaración de dos testigos, desestimando otras hipótesis, las cuales no fueron investigadas por el MPF, considera que el juez de la instancia anterior omitió valorar circunstancias relacionadas a la necropsia, a declaraciones del acusado y su ex pareja, y la valoración realizada de la conducta posterior al hecho del acusado, a partir de lo declarado por Sandra Rojas. Por ello solicita se acoja la queja deducida y en su consecuencia, se declare la nulidad de la resolución impugnada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido ya que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada por lo que el planteo es infundado. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1131, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

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

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05569327-1/1((018601-41801)) F Y QUER C/ SANGUINA OSORIO GUILLERMO FEDERICO P/ HOMICIDIO SIMPLE (41801/18) (41801) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105752847*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05569327-1/1, caratulada "F C/ SANGUINA OSORIO, GUILLERMO FEDERICO P/ HOMICIDIO SIMPLE S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Guillermo Federico Sanguina Osorio interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.131 y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión por el delito de homicidio simple (arts. 79 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 41.801/18 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 12 de mayo de 2018, en horario no determinado, en el domicilio sito en Barrio Grilli Sur, Manzana O, casa 17, Corralitos, Guaymallén, el imputado Guillermo Federico Sanguina Osorio mantuvo una discusión con Lucas Alexander Rojas Echevarrieta y, producto de ello, le propinó una puñalada en el lateral derecho del cuello provocándole una herida que determinó su fallecimiento posterior por shock hipovolémico. Luego de ello, Sanguina Osorio trasladó el cuerpo de la víctima a un sector descampado, comprendido entre calles San Miguel y Ferrari del mismo barrio, donde fue hallado por personal policial en fecha 28 de mayo en horas de la noche». Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Gastón Alvarez, Roberto Sotomayor y Sandra Rojas, el informe de necropsia de fs. 200 y los informes de Policía Científica (fs. 194, 196, 199, 213, 299 y 367).

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo. Señala que la sentencia cuestionada ha sido dictada en violación de los derechos constitucionales consagrados en los arts. 2, 206, 199, 416 inc. 4, y el deber de valoración y fundamentación conforme a los principios de la sana crítica racional.

En primer orden, afirma que se advierte en la acusación que da basamento a la sentencia una vaguedad en la determinación de los hechos que menoscaba el derecho de defensa en juicio, y advierte que ello es reflejo de la ausencia de pruebas. En tal sentido, refiere que ningún elemento de prueba acredita el lugar en que se produjo la muerte.

Ello, por la ausencia de testigos presenciales y de todo rastro o indicio que indique que en el domicilio indicado haya acontecido el hecho.

En segundo orden, cuestiona que el sentenciante haya fundado la participación de Sanguina Osorio en la sola declaración de dos testigos, Gastón Álvarez y Roberto Sotomayor y por el solo hecho que fueron las últimas personas que lo vieron con vida. Critica también la valoración que realiza el juez de sentencia sobre la credibilidad de estos testigos.

Advierte sobre la existencia de otras hipótesis que involucran a estos testigos como posibles autores del hecho, la que fue señalada por el entonces defensor particular de Sanguina Osorio al momento de formular los alegatos finales, hipótesis que no fueron investigadas por el representante del Ministerio Público Fiscal. En tal sentido, destaca lo declarado por Diego Rojas, hermano de la víctima, quien refirió que mientras su hermano estaba desaparecido Álvarez y Sotomayor lo «esquivaban», no lo saludaban y que tenía dudas sobre estas personas.

En tercer orden, se agravia que el juez de la instancia anterior omitió valorar la circunstancia que se desprende del informe de necropsia, que indica que al menos uno de los agresores debió ser zurdo. Entiende que si el sentenciante asumió que el único autor del hecho fue Sanguina –que es diestro–, entonces necesariamente aquel indicio debió ponderarse a favor de su defendido.

Señala, como otra circunstancia que no fue valorada por el sentenciante, lo declarado por el acusado y corroborado por su ex pareja, Sandra Rojas, en cuanto a que los hijos de ambos y el hijo mayor de la testigo se encontraban junto al acusado en el Barrio Grilli el fin de semana en que acontecieron los hechos, y los menores no fueron testigos de los hechos.

Cuestiona también la valoración que realiza el sentenciante de la conducta posterior al hecho del acusado, a partir de lo declarado por Sandra Rojas. Asegura que la testigo relata una serie de eventos, algunos de ellos inverosímiles y otros contradictorios, tales como que el acusado dejó de ir a trabajar y se emborrachaba, circunstancia que fue negada por su jefe en audiencia de debate. Con base a lo expuesto, solicita se acoja la queja deducida y, en su consecuencia, se declare la nulidad de la resolución impugnada y se remita las presentes actuaciones al Tribunal subrogante a los efectos de que se dicte una nueva sentencia. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia. Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador. Destaca que las declaraciones prestadas por Álvarez y Sotomayor fueron debidamente analizadas por el sentenciante, las que consideró coherentes y concordantes, y las integró con el resto del plexo probatorio. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

a- Adelanta rechazo

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

b- Análisis del agravio de errónea valoración de la prueba

Tal como surge del escrito recursivo, los agravios esbozados por el impugnante giran en torno a la valoración, a juicio de la defensa arbitraria, de los elementos de prueba incorporados al proceso que dieron sustento a la responsabilidad penal de Sanguina Osorio como autor del hecho. Todo ello en desmedro del principio de inocencia previsto en el art. 2 del CPP.

Del análisis del fallo cuestionado y la impugnación formulada, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó el juez de sentencia, fundada en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento.

Además, se advierte que la recurrente, en lo sustancial, reedita todos y cada uno de los argumentos expuestos por el entonces defensor al tiempo de formularse los alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la sentencia que cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

De manera previa, cabe aclarar que la defensa no pone en crisis la existencia material del hecho, sino que sólo dirige sus argumentos a cuestionar, a partir de una interpretación parcial –y menos gravosa– de los distintos elementos de juicio agregados al debate, la participación de su asistido en el hecho por el cual fue condenado.

Sin embargo, se advierte que la censurante en esa tarea no realiza un análisis crítico de cada uno de los argumentos desarrollados por el sentenciante para sostener la responsabilidad de Sanguina Osorio en los hechos que fueron objeto del proceso.

c- Análisis del agravio respecto a la vaguedad en la determinación de los hechos.

En primer orden, afirma la defensa una vaguedad en la determinación de los hechos que habría afectado el ejercicio de su derecho de defensa. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. Ello por cuanto, por un lado, advierto que la hipótesis acusatoria fue debidamente conformado con todas las circunstancias modales del acontecer criminoso y con base a los elementos de juicio debidamente incorporado al proceso.

Por otro lado, y vinculado al supuesto impedimento en el ejercicio del derecho de defensa, no debe soslayarse que el censurante no sólo realiza este planteo recién en esta instancia recursiva, sino que tampoco explica de qué manera se vio conculcado el ejercicio del aludido derecho. Por otro lado, la defensa también señala la ausencia de elementos de juicio que acrediten de manera fehaciente que el hecho fue perpetrado en el domicilio donde residía el acusado.

Destaca que del informe de Policía Científica se desprende que en el lugar del hecho no se encontraron restos de sangre humana ni otro indicio que hiciera presumir que allí había tenido lugar un hecho de las características del atribuido a Sanguina Osorio.

Si bien este aspecto –tal como lo indica la defensa– no fue valorado por el juez de sentencia en sus fundamentos, ni tampoco fue cuestionado por la anterior defensa en sus alegatos conclusivos, lo cierto

es que los indicios brindados en el referido informe no pueden tener la relevancia que pretende la defensa. Ello, en atención al tiempo transcurrido entre la perpetración del hecho y el hallazgo del cuerpo de la víctima (dieciséis días). Es decir, a partir de este último acontecimiento se iniciaron los primeros actos de investigación y se tuvo como principal sospechoso a Sanguina Osorio, por lo cual es razonable sostener una posible modificación del lugar donde acontecieron los hechos por parte de éste, que impida –de manera certera– valorar aquellos indicios a favor del acusado. Por otro lado, advierto que esta crítica se sustenta –en definitiva– en el interés de intentar desacreditar los testimonios de Gastón Álvarez y Roberto Sotomayor, en los que el juez de sentencia fundó principalmente la responsabilidad de Sanguina Osorio, y que conforma el principal argumento en el que la recurrente funda sus agravios.

d- Análisis del agravio referido a la relevancia dada a ciertos testigos.

En concreto, la defensa cuestiona la relevancia probatoria que el sentenciante le otorgó a estos testigos, por el solo hecho de que fueron las últimas personas que vieron con vida a Lucas Rojas, al tiempo que critica los criterios utilizados por el juez de sentencia para otorgarle credibilidad a sus testimonios.

El agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto el juez de sentencia dio suficientes razones al momento de valorar las testimoniales puestas en consideración por la censurante. En este sentido, el juez de instancia anterior entendió que «[...] la declaración de dos testigos –últimas personas que vieron con vida a la víctima el día 12 de mayo de 2018- resulta dirimente en orden a ese extremo. El resto de los testigos, no aportaron datos significativos con respecto a la acreditación de esa circunstancia. En el único aspecto que dichas declaraciones resultaron relevantes es en orden al móvil del homicidio». Luego, el sentenciante describió lo acontecido el día del hecho en cuanto a que la víctima se reunió con los mencionados testigos y Diego Rojas –hermano de la víctima– a comer un asado. Destacó que –de acuerdo a lo declarado por Alvarez y Sotomayor– la víctima Lucas Rojas le pidió a este último que lo acompañara a su vivienda ya que tenía problemas con su cuñado, el acusado Sanguina Osorio.

Aclaró el sentenciante que todos los testigos coincidieron en señalar la mala relación que tenía la víctima Lucas Rojas y el acusado Sanguina Osorio, en razón de los conflictos suscitados por la vivienda que compartían.

De este modo, el juez de sentencia consideró de relevancia lo declarado por Roberto Sotomayor en tanto describió lo acontecido entre el acusado y la víctima, cuando ésta llegó a la referida vivienda. Al respecto, el sentenciante precisó que el testigo declaró que ambos empezaron a discutir sobre temas de dinero y del «rancho» que compartían.

Asimismo, el juez de sentencia transcribió algunos párrafos del testimonio de Sotomayor que consideró de relevancia, en donde el testigo aseguró que Sanguina «[...] le tiraba puntazos, el cuchillo era como de unos veinte centímetros [...]el imputado tenía el cuchillo en la cintura, lo sacó cuando empezó la pelea, ahí Lucas empezó a reaccionar y a largar piedrazos» (ver fundamentos, p.3). Tampoco pueden prosperar las críticas vinculadas a las consideraciones realizadas por el sentenciante para concluir sobre la credibilidad de la versión de los hechos brindada por los testigos cuestionados por la censurante.

Ello por cuanto el juez de sentencia brindó adecuadas razones para otorgarle credibilidad a sus dichos. Al respecto, el sentenciante sostuvo que Álvarez y Sotomayor fueron concordantes y coherentes en sus declaraciones. Agregó que no se había acreditado ninguna razón por parte de los testigos para perjudicar al acusado, al que sólo conocían de vista. Aclaró, además, que Sotomayor se encontraba detenido en Penitenciaría Provincial al igual que el acusado. Entendió –en razonamiento que comparto– que «[e]s sabido que en la lógica carcelaria se invierte el sentido común en función de la supervivencia, que en general los internos no denuncian o prestan declaración contra otros». En este punto, entiendo que no

puede prosperar la postura de la defensa en cuanto sostiene que la versión de los hechos brindada por los mencionados testigos dista mucho de ser desinteresada, en particular el testimonio de Roberto Sotomayor, por haber sido los últimos en ver con vida a Lucas Rojas.

Ello por cuanto la hipótesis alternativa sugerida por la defensa –pero no explicada adecuadamente en función del plexo probatorio analizado– en cuanto a la posible participación de estos testigos en el hecho investigado, no sólo no fue objeto de investigación sino que tampoco tiene asidero en las constancias de la causa. A ello se suma, como adelantara, la omisión por parte de la censurante de la consideración de otros indicios que –según se desprenden de los fundamentos brindados por el sentenciante– contribuyeron a formar el juicio sobre la responsabilidad de Sanguina Osorio en el hecho atribuido.

En este orden de ideas, el juez de la instancia previa consideró la conducta de Sanguina Osorio posterior al hecho. Al respecto, valoró lo declarado por Sandra Rojas, ex pareja del acusado, quien aseguró que el día 13 de mayo –un día después del hecho– Guillermo Sanguina fue a su casa con la excusa de que en el «rancho» hacía mucho frío para estar con sus hijos y le pidió vivir en su domicilio por un tiempo. Destacó también el sentenciante que la testigo aseguró que la conducta de Sanguina Osorio, al regresar a su casa y durante el tiempo en que duró la desaparición de Lucas Rojas, era llamativa o fuera de lo normal, ya que lo veía muy nervioso, que lloraba sin razón aparente, que tenía que tomar pastillas para dormir, y que esas conductas la alertaron e hicieron pensar que éste podría saber qué había pasado con su hermano. Precisó, además, lo relatado por la testigo en cuanto sostuvo que «[y]o le dije decime la verdad, él lloraba, me dijo yo fui el último que lo vi, y si a tu hermano lo encuentran mal me van a echar la culpa a mí, por eso lloraba supuestamente[...]Un domingo fui a pegar carteles, por la desaparición de mi hermano. Llegué y él estaba muy borracho, me puso un cuchillo en la panza y en el cuello. Yo le dije decime la verdad, yo le dije vos no sos capaz, él me dijo qué te hace pensar que no soy capaz». Valoró también el sentenciante –conforme lo declarado por Roberto Sotomayor–, que Sanguina no sólo abandonó el inmueble donde vivía con la víctima, sino que días después volvió al barrio Grilli y amenazó a Sotomayor para que no dijera lo que había observado en aquella oportunidad (ver fundamentos, p. 4/5).

Del mismo modo, el sentenciante consideró los motivos que sustentaron la conducta de Sanguina Osorio. Con relación a ello, entendió que todos los testigos coincidieron sobre la mala relación que mantenían Lucas Rojas y Guillermo Sanguina, en razón de que éste no quería que la víctima viviera en el domicilio donde acontecieron los hechos, y que en muchas oportunidades le había impedido el ingreso a la vivienda. En función de las consideraciones realizadas, el juez de sentencia concluyó, en razonamiento que comparto, que «[...] los indicios analizados imponen como explicación unívoca que fue Sanguina quien le quitó la vida a Lucas Rojas la noche en que éste desapareció» (ver fundamentos, p. 5).

e- Análisis del agravio referido a que el autor debió ser zurdo.

Por último, no puede tener acogida favorable el agravio según el cual el autor del hecho debió ser necesariamente zurdo, en razón que la herida mortal fue realizada en la parte derecha del cuello. Esto por cuanto, según advierto, ella es una apreciación o interpretación personal que fue formulada por el entonces defensor recién al momento de realizar los alegatos finales que no tiene asidero en las constancias de la causa, ni tampoco es una conclusión que se desprenda necesariamente de las reglas que rigen la sana crítica racional.

f- Conclusión: Rechazo del recurso casatorio y confirmación de la sentencia.

Con base a lo expuesto, entiendo que no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. Por todo ello, y en

sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren por sus fundamentos.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de Guillermo Federico Sanguina Osorio y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.131 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

Capítulo II.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida.

Lesiones. Abuso de armas.

CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas.

1. BASTIAS BARROSO. 08-02-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 -2

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_FcBBG.pdf

Lex: Art.89 en función del Art. 92 y 80 inc. 1° y 11°, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves calificadas. Violencia de género. Amenazas simples. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses** de cumplimiento condicional por el delito de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género y amenazas simples, en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación en los términos del Art. 474 Inc. 2º CPPM.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido en tanto no existen vicios que adolezcan de nulidad de la resolución dictada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación confirmando la sentencia impuesta.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 707, pronunciada por el JPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>
<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y ots. vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

d-TSJC (Córdoba)

- Trucco. 15-04-16:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/fallos43272.pdf>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

Parágrafos destacados.

«[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales...Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género [...]»

«[...] resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el “*ciclo de violencia*”. Ello permite, explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia [...]»

«[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas [...]»

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

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-04786957-3/1((028501-18384)) FC/ B. B. G. E. P/ LESIONES LEVES (18384) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104866051*

En Mendoza, a los ocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04786957-3/1, caratulada **“F. C/ B. B., G. E. P/ LESIONES LEVES CALIFICADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR Y AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa del imputado G. E. B. B. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 707 (fs. 96 y vta.) y sus fundamentos (fs. 99/100), en cuanto condena al imputado a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género y amenazas simples, en concurso real (arts. 89, 92 en función con el 80 incs. 1 y 11,149 bis primer párrafo y 55 del CP); pronunciamiento dictado en la causa N° P-18.384/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 7 de febrero del 2018, siendo aproximadamente las 18:00 hs., el imputado G. B., mientras se encontraba en su domicilio de calle, envía un mensaje de texto desde su celular ... al ..., teléfono de la víctima de autos, R. T. quien se encontraba en la casa de su tía J. R., sita en calle, donde éste le manifestó «hace mucho que no te pego parece, ya te voy a acomodar de vuelta», dichos éstos que la victima entiende que por ni quedarse callada, él va a pegarle. Que el día 26/02/2018, en el domicilio sito en calle, siendo aproximadamente las 22:00 hs., se encontraba la victima de autos en el comedor junto a su hijo y el imputado G. B. en su habitación. En un momento dado comenzaron a discutir, por lo que R. se paró y se dirigió a la habitación. G. se levantó de la cama y agarró con fuerza a T., la empujó y le rompió la remera que tenía puesta, produciéndole equimosis verde amarillenta de 4x2 centímetros, en cara externa de brazo derecho, cuya lesión concuerda con el relato de la victima, la que no le provocó incapacidad laboral, hematomas en el brazo derecho. Que el día 3 de marzo de 2018, siendo aproximadamente las 23:00 hs., se dirigió en su vehículo R.a T. a buscar a G. B. a la cancha de fútbol que se encuentra ubicada en calle, quien apenas se subió comenzó a discutir con R. porque se había demorado, ésta le respondió que estaba B. comiendo, por eso se demoró, y siguió insultándola, diciéndole cosas humillantes. Iban por callecuando G. B. le pegó una cachetada de revés en la boca, siguieron discutiendo y éste siguió pegándole con su mano abierta en la boca, sin llegar a lesionarla». Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, copia de captura de

pantalla de fs. 5, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 40/41, el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 20; así como los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

En relación al delito de **amenazas simples** atribuido a su representado, sostiene que los mensajes de Whats App enviado por B. B. a la víctima **no son idóneos** en los términos del delito contemplado en el art. 149 bis primer párrafo del CP., por cuanto lo manifestado por el imputado no reúne los recaudos de serio, grave, injusto ni dependiente de la voluntad del autor.

En tal sentido, sostiene que las amenazas para ser idóneas, deben tener la capacidad suficiente de crear el estado de alarma o temor requeridos por el tipo.

Agrega que la jurisprudencia ha reiterado que no son típicas las amenazas proferidas irreflexivamente al calor de un altercado verbal, en un arrebato de ira o de nerviosismo, que no tienen idoneidad para amedrentar.

Respecto de los agravios vinculados al delito de lesiones leves agravadas, la defensa cuestiona la agravante contemplada en el art. 80 inc. 11º, en tanto entiende que no ha quedado acreditado que el hecho haya acontecido en un contexto de violencia de género.

En ese orden, valora que la supuesta víctima, R. T., realizó una declaración desincriminatoria en audiencia de debate, en donde claramente minimizó los acontecimientos.

Así también, refiere las conclusiones del informe de valoración de riesgo de violencia física de fs. 40/41. Destaca que, de acuerdo a lo informado por el EPI, T. no presenta indicadores de temor, angustia y ansiedad compatibles con procesos de victimización, como así también, que no ha tenido que ajustar su comportamiento social a la voluntad del denunciado para evitar conflictos.

En base a ello, sostiene que este tópico no ha sido discutido en audiencia de debate, por lo cual, advierte que su defendido no ha contado con una defensa eficaz.

Afirma que los fundamentos que desvirtuarían lo sostenido por el Ministerio Fiscal y el juez de sentencia, se encuentran en el fallo «**Trucco**» dictado por el Superior Tribunal de la provincia de Córdoba, en cuanto realiza un detallado análisis sobre cuáles deben ser los extremos para subsumir un delito en el contexto dado por la Convención Belem do Pará y la normativa nacional y provincial que en su consecuencia se ha dictado.

Realiza la transcripción de alguno de los párrafos del fallo citado.

Por otro lado, asegura que contamos con un informe psicológico, objetivo e indubitado, tanto por parte de la defensa como de la fiscalía, de donde surge que no hay indicadores de violencia de género.

Conforme lo expuesto, entiende que las lesiones endilgadas a su asistido, de haber existido, consistiría en un hecho aislado al que no puede calificarse de violencia de género.

Por todo ello, solicita se declare la nulidad de la sentencia cuestionada y se remita la causa al tribunal subrogante, a fin de que dicte una nueva sentencia.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que la queja se estructura en torno a cuestionar la valoración del plexo probatorio, principalmente la prueba testimonial, descalificando el razonamiento del a quo en relación a los delitos endilgados.

En relación al delito de amenazas destaca que las manifestaciones proferidas por el imputado B. B. a la víctima cumplen todos los requisitos para que se configure el tipo penal en cuestión.

En relación con el delito de lesiones, sostiene que su materialidad se encuentra debidamente acreditada con el informe del CMF obrante a fs. 20.

En cuanto al cuestionamiento de la existencia de un contexto de violencia de género, advierte que del acta de denuncia de la víctima y del informe del EPI, se desprende que T. ha sido víctima de violencia psicológica y física, lo que constituyen casos de violencia de género, de conformidad a lo establecidos por la normativa internacional y nacional.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Ante todo debo señalar que durante el desarrollo del debate el imputado B. B., al prestar declaración indagatoria optó por reconocer los hechos que conforman la plataforma fáctica.

Ante ello el juzgador consideró que el reconocimiento realizado por el imputado se encontraba suficientemente corroborada, no sólo por la declaración testimonial de la víctima R. T., sino también, por la prueba periférica objetiva agregada al debate, la que fue valorada por el juez a quo conforme a los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género.

En este sentido, me interesa destacar -tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, entre otros)-, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, **Caso del penal «Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción**

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. **Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «G. R.» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sentado cuanto precede, y siguiendo el orden de exposición propuesto por la defensa, corresponde analizar los agravios vinculados a la idoneidad de las amenazas proferidas por el imputado B. B. a la víctima T..

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar, ello por cuanto la defensa se limita a analizar los recaudos para que se configure el tipo penal endilgado, pero no explica adecuadamente los motivos por los cuales tales extremos no se verifican en el caso sub examen.

Por otra parte, y como se adelantara, se advierte que el juzgador para considerar acreditada la idoneidad de las amenazas le otorgó un valor preponderante al relato brindado por R. T. y a los elementos periféricos objetivos que corroboraron sus dichos.

Asimismo, y contrariamente a lo sostenido por la defensa, entiendo que en el caso bajo estudio se acreditan los requisitos para considerar idóneos los términos amenazantes que conforman la hipótesis fiscal y por el cual el imputado resultó condenado.

Adviértase en este sentido, que de los términos de la amenaza consistentes en «hace mucho que no te pego parece» y «ya te voy a acomodar de vuelta» se desprende su gravedad y seriedad, como así también, la posibilidad de ser ejecutada por su autor.

Ello al reconocer B. B. que había perpetrado hechos contra la integridad física de T. (circunstancias que se desprenden de la declaración de la víctima y lo informado por el EPI) y que iba a repetir su conducta, promesa que se concretó en los dos hechos de violencia física descritos en la hipótesis fáctica.

Por ello, entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede tener acogida favorable.

En relación al delito de lesiones leves agravadas atribuido a B. B., entiendo que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la existencia del contexto de violencia de género en que tuvieron lugar los hechos de violencia física.

De este modo, el censurante para sustentar tal postura parte de dos premisas las que -según entiendo- no logran desvirtuar las conclusiones a las que arriba el sentenciante a partir de un análisis integral del plexo probatorio.

En primer lugar, sostiene que la supuesta víctima en audiencia de debate desincriminó a B. B. y, en segundo orden, refiere las conclusiones del informe de riesgo de violencia física de donde surgiría la ausencia de contexto de género.

En relación al primer punto, la defensa no especifica en qué habrían consistido tales desincriminaciones y cómo impactarían en la determinación de la agravante cuestionada. No obstante ello, el juez de instancia anterior al analizar la variación del relato de la denunciante en función de la agravante contemplada en el art. 80 inc. 11º, sostuvo que «[...] si bien luego trató de ser minimizado por la víctima en clara intención desincriminatoria de su pareja, se trató de un hecho con la connotación necesaria para tal supuesto, máxime a partir del relato de T. -ratificado por la aceptación de los hechos de B.-, de la oportunidad en que por haberse demorado en buscarlo, le violentó con cachetadas en su boca mientras conducía al tiempo que le decía expresiones humillantes de su persona» (fundamentos de fs. 100).

En tal sentido, y tal como he señalado en numerosos precedentes, entiendo que «[...] resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el “ciclo de violencia”.

Ello permite, explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (ver «**Galdeano Reyes**», entre otros).

Por otro lado, tampoco pueden prosperar los agravios vinculados al informe del EPI, en donde el censurante destaca que –de acuerdo a lo informado por los profesionales– Tejeda no presenta indicadores de temor, angustia y ansiedad compatibles con procesos de victimización, como así también, que no ha tenido que ajustar su comportamiento social a la voluntad del denunciado para evitar conflictos. Ello por cuanto a tal postura le precede un análisis sesgado de las conclusiones del referido informe y una inadecuada confrontación con los demás elementos de juicio.

En tal sentido, el sentenciante al ponderar las conclusiones a las que arribaron los profesionales del EPI, destacó que si bien se evidencia un riesgo bajo de violencia física, se sugiere medidas de protección y tratamiento psicológico (fundamentos de fs. 99 vta.).

Así también, la defensa omite considerar que del citado informe se desprende que T. «[...] refiere episodios de violencia verbal en algunas oportunidades, [particularmente] tres episodios puntuales de violencia física a raíz de discusiones por cuestiones familiares y económicas».

A ello debo agregar, en función del ciclo de violencia ya analizado, que el citado informe se practicó a la víctima el mismo día en que ésta formuló la denuncia (cinco de marzo del 2018), con lo cual se refuerza la credibilidad de lo manifestado por T.a en el acta de denuncia en cuanto a las distintas formas de violencia de la cual resultó víctima por parte del imputado.

Del mismo modo, no puede prosperar el agravio vinculado al informe psíquico practicado a la víctima.

En este punto, el censurante le otorga al citado informe un valor preponderante al afirmar que estamos ante un informe psicológico indubitado y objetivo, de donde se desprende que no hay indicadores de violencia de género.

Sin embargo no analiza de qué manera el referido informe desvirtúa el plexo probatorio analizado y, por ende, su impacto en la parte resolutive.

Por otra parte, el juez de sentencia ponderó que del referido informe se desprende la credibilidad del testimonio de la víctima y la relación disfuncional que la víctima tenía con el acusado al momento de los hechos, extremos no considerados por la defensa en sus agravios.

A ello debo agregar, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos y su denuncia hasta que R. T. fue examinada por el CMF (9 meses). Ello en función de las variaciones que tuvo el relato de la víctima como consecuencia del ciclo de violencia, conforme se analizó precedentemente.

En definitiva, y por lo precedentemente analizado, entiendo que el recurso de casación impetrado debe rechazarse en lo sustancial.

Ello por cuanto el quejoso no aborda los fundamentos del sentenciante a partir de un análisis crítico de todos los elementos de juicio periféricos a la declaración de la víctima, los que permitieron al juzgador, en definitiva, analizar las distintas probanzas con la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo. **Adhiere.**

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de G. E. B. B. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 707 dictada por el Primer Juzgado Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

2. BASUALDO. 08-02-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_FcBEE.pdf

Lex: Art 89, 92, 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación en los términos del Art. 474º Inc. 1º y 2º del CPPM.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido en tanto no existen vicios que pudieren acarrear la nulidad de la resolución atacada.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de E.E.B. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 2.427 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2427, pronunciada por el JPC N°2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Morales Quiroga. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di cesare Morales: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Narváez Videla.23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

b-CSJN

- «Leiva, María Cecilia»

<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y ots. vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

d-TSJC (Córdoba)

- Trucco. 15-04-16:
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/fallos43272.pdf>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-04818016-1/1((018502-146460)) FC/ B. E. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS (146460) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104898678*

En Mendoza, a los ocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04818016-1/1, caratulada **“F. C/ B., E. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa del imputado E.E.B. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 2.427 (fs. 45 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 146.460/17 por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 16 de octubre de 2017, siendo aproximadamente las 5:30 hs., en el interior del domicilio del Barrio ..., E.E.B. previo a discutir con su esposa, B.A.Y.A., la arrojó al suelo y la tomó de los pelos[...], provocándole las siguientes lesiones: tumefacción en región perietal derecha, lesiones que tienen un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima, B.A.Y., acta de denuncia de fs. 1/8, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 67/68 y el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 29.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416, inc. 4 del CPP por considerar que la sentencia tiene una fundamentación aparente y, por ello, entiende que resulta arbitraria y errónea. En este sentido, explica que el razonamiento de la sentenciante afecta la cuestión nuclear del juicio.

De este modo, señala que la jueza a quo sostuvo que luego de escuchar atentamente las pruebas incorporadas al debate llegó a la conclusión que los hechos acontecieron de la manera que fueron descritos en el acta de imputación.

Sin embargo, la defensa advierte una importante contradicción en la forma de analizar la prueba.

Al respecto, sostiene que los dichos de la víctima en la audiencia de debate, quien aseguró que golpeó al imputado con un caño al enterarse de que había sido infiel, se condicen con la versión de los hechos brindada por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material, la que fue corroborada por los testigos M. I. B. y M.B..

En base a tales circunstancias, la defensa solicita que se considere la circunstancia de que su representado se defendió de Y. tomando sus brazos, mientras ésta lo golpeaba con un caño y luego con un martillo.

Cuestiona que la jueza de sentencia no haya ponderado lo referido sobre la base de que las lesiones sufridas por el imputado no fueron acreditadas.

Agrega la censurante que la a quo omitió meritar las explicaciones brindadas por el imputado B., en el sentido que no formuló denuncia en tal oportunidad porque se sentía culpable por la infidelidad.

En base a lo expuesto, concluye que no se han acreditado los extremos de la imputación con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, razón por la cual propicia la absolución de su defendido por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

En relación a los vicios iuris aclara que no los desarrolla para evitar un desgaste innecesario.

Ello por cuanto entiende que los vicios in procedendo poseen suficiente virtualidad descalificadora de la sentencia.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. Sostiene que la reedición de los dichos del imputado, los que fueron refutados por la sentenciante, no tienen relevancia, ya que la prueba objetiva colectada corrobora la denuncia.

Entiende que la declaración de la víctima en audiencia de debate, en donde intentó morigerar los hechos, debe interpretarse como parte del ciclo de violencia en casos de violencia de género como el presente.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. **Preopinante.**

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Preliminarmente, y para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que la jueza de sentencia consideró que los hechos que se le atribuían al imputado E.E.B., y por los que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante omite considerar en la construcción de sus argumentos defensistas.

En este entendimiento, la juzgadora al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, **Caso del penal «Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; **Caso «Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente **«Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sentado cuanto precede, y a fin de un mejor tratamiento de los agravios expresados por la defensa, conviene señalar que el censurante centra sus argumentos en considerar que la declaración de la víctima B.A.Y. en la audiencia de debate, se condice con la versión de los hechos descripta por B. al momento de ejercer su defensa material, quien aseguró que en ningún momento golpeó a Y., y que sólo intentó quitarle el celular de su propiedad, mientras ésta lo golpeaba con un caño en la cabeza al advertir que él había sido infiel. Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar, por cuanto tales circunstancias no se desprenden de las constancias audiovisuales.

En efecto, la víctima al declarar en el debate intentó en todo momento morigerar las consecuencias de los actos de violencia, tanto física como psicológica, perpetrados por B. en su perjuicio.

Del mismo modo, al relatar los hechos oportunamente denunciados y que conformaron la hipótesis acusatoria, describió en forma confusa su secuencia, como así también, intentó evitar referir la circunstancia nuclear de los hechos, referida a que en primer lugar el imputado «la agarró de los pelos y la tiró al piso», y que luego de que logró «zafar» de él, le asestó un golpe con un caño, tras lo cual la volvió a agredir. Sin embargo, luego de que se le diera lectura al acta de denuncia en su parte pertinente, ratificó la secuencia de los hechos descriptas oportunamente (ver registros audiovisuales, 7/03/2019, a partir del minuto 38:55).

Por otra parte, cabe destacar que si bien el imputado aseguró que nunca golpeó a la víctima, y que sólo intentó quitarle el celular de su propiedad, lo cierto es que no pudo explicar de qué modo B.Y. se habría producido las lesiones que fueron corroboradas por el CMF (ver audiencia, a partir del minuto 19:03). Al respecto, la jueza a quo consideró la validez probatoria del informe del CMF, en cuanto se trata de un instrumento público que no ha sido argüido de falsedad.

A ello sumó la concomitancia temporal en que se realizó el examen físico a la víctima –el mismo día del hecho– y que las lesiones constatadas eran contestes con la dinámica de lo acontecido (ver audiencia, a partir del minuto 44:15).

Por otra parte, la jueza de instancia anterior consideró corroborado los dichos de la víctima y el contexto de violencia de género en que los hechos tuvieron lugar, con el informe del EPI, elemento de juicio que –cabe aclarar– no ha sido cuestionado en esta instancia recursiva.

Destacó la a quo que del mencionado informe se desprende la existencia de un riesgo moderado de violencia física, como así también, la presencia de patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer y situaciones de violencia física. Asimismo, se destaca en el vínculo la existencia de características disfuncionales de significancia clínica.

En este aspecto, la sentenciante destacó que las expresiones de la víctima Betty Yapu eran «absolutamente inaudibles lo que revela la existencia de una pareja disfuncional, el sometimiento de la víctima hacia el victimario y la disfuncionalidad emocional, aún después de separados».

Advirtió también que la víctima «lloró desde la primera hasta la última oportunidad» (ver audiencia, a partir del minuto 51:00). Por otra parte, entiendo que no pueden prosperar los agravios vinculados a la omisa consideración de la jueza a quo de las lesiones que B. Y. le habría producido a su defendido, las que –a criterio de la defensa– se encuentran acreditadas con el testimonio de la víctima, lo declarado por el imputado, y los testigos M. I. y M. B.. Ello por cuanto la jueza de instancia anterior dio adecuadas razones para desestimar las pretensiones de la defensa.

En efecto, la sentenciante meritó que no se realizó una investigación en tal sentido, pero aún en la hipótesis de que las lesiones hayan existido y que fueran como consecuencia del actuar de la víctima, ello tampoco acredita la secuencia de los hechos descrita por B.. En este sentido, destacó que I. y B., cuyas declaraciones testimoniales fueron incorporadas al debate mediante su lectura, no fueron testigos presenciales de lo acontecido el día del hecho, por lo que sus testimonios no son relevantes en orden a acreditar los extremos de la imputación (ver audiencia, a partir del minuto 56:46).

En definitiva, y por lo precedentemente analizado, entiendo que el recurso de casación impetrado debe rechazarse en lo sustancial.

Ello por cuanto el quejoso no aborda los fundamentos del sentenciante a partir de un análisis crítico de todos los elementos de juicio periféricos a la declaración de la víctima, los que permitieron a la juzgadora, en definitiva, analizar las distintas probanzas con la necesaria perspectiva de género que el caso en análisis requería.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la

ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [Ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas

apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el **precedente «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de E.E.B. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 2.427 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

3. VALDEZ. 09-02-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210209_FcValdez.pdf

Lex: Arts. 94, 54 y 55 del CP.

Vox: Lesiones leves culposas.

Summa:

El **JPC** condenó a Luis Alberto Valdéz González a la pena de **tres años** de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por igual plazo por entenderlo autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves culposas (dos hechos) en concurso ideal y un tercer hecho en concurso real (art. 94, 54 y 55 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia. Respecto de los vicios *in procedendo*, sostiene que se habrían valorado parcialmente las pruebas rendidas en sede de debate, lo que habría dado lugar a una sentencia arbitraria. En el nivel de los vicios *in iudicando* sostiene que respecto de ambos hechos imputados se habría aplicado erróneamente la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Argumentó que la defensa ensayó un intento de revisión ex novo de cuestiones tratadas en sede de debate.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1771, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04867768-6/1((018502-17271)) FC/ NN (VALDEZ GONZALEZ) P/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS (17271) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104951303*

En Mendoza, a los nueve días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04867768-6/1, caratulada "F. C/ NN P/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS".

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

La defensa técnica interpone recurso de casación (fs. 213/218 vta.) contra la sentencia N° 1771 (fs. 198/199) y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a Luis Alberto Valdéz González a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por igual plazo por entenderlo autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves culposas (dos hechos) en concurso ideal y un tercer hecho en concurso real (art. 94, 54 y 55 CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La magistrada de la instancia anterior tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que *«el día 19 de febrero de 2017, siendo las 18:30 horas aproximadamente, llegando a los semáforos ubicados frente a Play Center Maipú, Luis Alberto Valdez González conducía por calle Maza, en dirección Norte a Sur su camioneta marca Ford modelo Ranger color rojo, dominio DEX 200 por el carril izquierdo, momento en que sobrepasa una moto marca Motomel de color azul, dominio LHQ 146, la cual circulaba por el mismo carril y sentido y era conducida por Sebastián Ángel Cirica Olguín, quien estaba acompañado por su novia, Oriana Vanina Cosenza Díaz, colisionando a la misma altura del manubrio haciendo que sus ocupantes pierdan el control del rodado cayendo al piso, ocasionándole al Sr. Cirica quemaduras y pérdida de tejido en brazo y pierna izquierda, cadera, cintura y espalda, mientras que a la Srta. Cosenza le produjo quemaduras en el brazo y pierna izquierda, lesiones denunciadas por las víctimas, mientras que Luis Alberto Valdez González se dio a la fuga»* -autos P-17.271/17- (fs. 198 vta.).

Asimismo, la jueza tuvo por acreditado que *«el día 19 de febrero de 2017, momentos después de las 18:15 horas, Luis Alberto Valdez González, quien conducía una camioneta marca Ford Ranger, dominio DEX 200, por calle Cabo San Sebastián de Godoy Cruz en dirección al Oeste, al observar que en sentido de circulación contrario venía un vehículo marca Volkswagen, modelo Gol, dominio GBD 467, al mando de Adrián Sosa, quien había sido testigo de un accidente, aceleró la camioneta y frente a la casa 11 de la manzana H del barrio ATSA de dicho departamento, embistió de frente al vehículo Volkswagen Gol, el que, a su vez,*

producto del impacto, colisionó a un vehículo marca Fiat, modelo Palio, de color rojo, dominio DDA 057, que se encontraba estacionado. A raíz de ello, el vehículo de Sosa sufrió la rotura de paragolpes delantero, levantamiento del capot, desplazamiento del motor del rodado hacia abajo y hundimiento de la puerta del costado izquierdo, mientras que el Fiat Palio sufrió la rotura de la óptica delantera del costado izquierdo y abrasiones en el paragolpes del mismo costado. Debido a la colisión, sufrieron lesiones los acompañantes del Volkswagen Gol dominio GBD 467, Karina Vanesa Manganelli y Leonel Eduardo Sosa Manganelli. Las víctimas fueron atendidas por el Dr. Daniel Ampuero de Sanidad Policial, quien diagnosticó que Karina Manganelli presentaba traumatismo cervical, con siete días de tiempo probable de curación y dos días de incapacidad y Leonel Sosa sufría traumatismo encéfalo craneano sin pérdida de conocimiento con un tiempo probable de curación de cinco días sin incapacidad laboral» –autos P-11.169/17– (fs. 198 vta.).

Para decidir en tal sentido, la sentenciante valoró las declaraciones testimoniales brindadas por las víctimas en sede de instrucción, la declaración del imputado, el croquis del lugar donde se produjeron los hechos, los informes practicados por el Cuerpo Médico Forense, así como toda la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Luis Alberto Valdez entiende que la resolución atacada adolece de defectos que se corresponden con las previsiones del art. 474 inc. 1 y 2 C.P.P.

Respecto de los vicios *in procedendo*, sostiene que se habrían valorado parcialmente las pruebas rendidas en sede de debate, lo que habría dado lugar a una sentencia arbitraria.

En este marco, la defensa hace especial hincapié en el sentido del testimonio de la víctima, al cual se le habría otorgado una credibilidad absoluta que no poseería. Asimismo, agrega que a ello se sumaría una errática valoración de los testimonios rendidos, los cuales no se corresponderían con la realidad expuesta.

A su vez, la defensa cuestiona que el tribunal basara sus conclusiones en un testimonio del denunciante en los autos P11.169/18 que no habría sido ofrecido por las partes.

Por otra parte, objeta la interpretación realizada del croquis ilustrativo del lugar del hecho y señala que no habrían sido confeccionados por el personal policial, sino por los denunciados, no siendo apto para determinar la posición final de los vehículos, pues la camioneta del imputado no se encontraba en el lugar.

Acto seguido, critica que no se habría conseguido descartar que las lesiones imputadas a su defendido no hubieran sido autoinfligidas por las propias víctimas, pues su constatación se llevó a cabo cuatro días después del hecho.

Asimismo, observa que se trataría de un delito de instancia privada no instado por la parte interesada.

En lo que hace a la fuga del imputado del lugar del primer hecho y que diera lugar al segundo hecho imputado, sostiene que esta se explica con base en el temor experimentado por Luis Alberto Valdez de ser víctima de represalias, lo cual injustificadamente no habría sido tenido en cuenta por la jueza de sentencia.

En el nivel de los vicios *in iudicando*, por su parte, sostiene que, respecto de ambos hechos imputados se habría aplicado **erróneamente la ley sustantiva**, en tanto, de acuerdo al sentido de la prueba, lo que correspondería es absolver al imputado por el beneficio de la duda.

En particular, respecto de los autos P-11.169/17, postula subsidiariamente que, en caso de no absolver por el beneficio de la duda, debería aplicársele a su defendido la pena mínima del delito, en tanto habría admitido que tuvo intención de causar un daño en la persona de uno de los denunciantes para evitar un daño en su integridad física.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 238/241).

Después de realizar un resumen de los agravios y pronunciarse a favor de la procedencia formal del recurso, realiza una crítica general y concluye que se trata de un intento de revisión ex novo de cuestiones tratadas en sede de debate. Acto seguido, analiza pormenorizadamente cada una de las críticas defensivas y las descarta.

Respecto del primero de los agravios, el titular del Ministerio Público Fiscal sostiene que se encuentra vacío de contenido, pues no se explica por cuál razón sería errática la valoración de los testimonios rendidos.

En la misma línea, expresa respecto de la crítica a los croquis ilustrativos que no se establece de qué modo estos serían una prueba sin valor y que el hecho de que los mismos se confeccionaran con base en lo manifestado por las víctimas se debe a que el imputado se dio a la fuga.

Por su parte, niega que la declaración testimonial de Adrián Sosa no haya sido ofrecida por la fiscalía y rechaza que el certificado médico realizado cuatro días después del hecho sea una prueba de que las lesiones no fueron producidas por el imputado.

Finalmente, señala que la instancia privada por el delito de lesiones imprudentes fue debidamente promovida y que no corresponde la aplicación del principio de inocencia o una disminución de la pena basada en la idea de que el condenado habría lesionado a las víctimas por temor a que estas lo agredieran con posterioridad al primer accidente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

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

En el nivel de los vicios *in procedendo* y en el marco del hecho imputado en los autos P-17.271/17, el recurrente critica que se haya alcanzado el grado de certeza necesaria para condenar a Luis Alberto Valdez por el delito de lesiones imprudentes.

Como señalé, en esta causa se le atribuye al nombrado el haber traspasado de manera antirreglamentaria a una motocicleta, ocasionando la pérdida de control del rodado a sus ocupantes y lesionándolos levemente.

Por su parte, en los autos P-11.169/17 se le enrostra al condenado el haber lesionado a uno de los testigos del accidente vial anterior, el cual lo persiguió con motivo de que se diera a la fuga del lugar de los hechos.

Lesión que se produjo después de que Luis Alberto Valdez embistiera con su camioneta el auto en que se trasladaban las víctimas.

En ambos casos, la sentencia dictada se deriva de **un juicio abreviado final** (art. 418 y ss. CPP), cuya aplicación fue solicitada por el imputado en la audiencia oral de fecha 26 de noviembre de 2018 y consentida por el Ministerio Público Fiscal.

En esta instancia la defensa sostiene que no obra en la causa prueba suficiente para condenar a su pupilo. Ello aún, cuando fue el mismo acusado el que propuso el procedimiento especial y admitió la imputación, aspectos que no se encuentran cuestionados por el recurrente en orden a la posible existencia de vicios en su voluntad.

Respecto del primero de los agravios en el marco de la imputación imprudente, cabe decir que es ab initio improcedente, por no haber sido mínimamente fundamentado. En efecto, la defensa se limita a impugnar el razonamiento del *a quo* al realizar una *«errática valoración de los testimonios rendidos, a los cuales [...] les da un valor distinto al relatado en audiencia logrando una conclusión a través de los mismos que en nada se condicen con la realidad expuesta, sumado a la errática valoración que le da a la denuncia de la supuesta víctima»* (fs. 215).

La defensa no avanza en el desarrollo de las razones por las que considera errática la valoración de los testimonios rendidos, los cuales ni siquiera individualiza, del mismo modo que no determina cuál sería la «realidad expuesta» con la que no se condicen. Idéntico defecto padece la referida valoración errática del testimonio de la víctima, la cual en ningún momento se desarrolla.

Conforme con ello, entiendo que la argumentación de la defensa permanece en un nivel de abstracción que no consigue integrarse con elementos concretos que ameriten modificar la solución dada por el juez interviniente al caso sometido a decisión, al menos, respecto de estas pruebas.

La defensa también ataca la sentencia a través de impugnación del testimonio de Adrián Sosa –víctima en los autos P11.169/18– por haber sido valorado en el marco de los autos P-17.271/18 y no haber sido debidamente ofrecido por la defensa o la fiscalía. Sin embargo, esta crítica no puede prosperar.

Ello en tanto, de la compulsa de las presentes actuaciones surge que la declaración de Adrián Sosa, denunciante en los autos acumulados a este expediente, fue aportada como prueba en el ofrecimiento de la fiscal de instrucción a fs. 125, más específicamente en su punto 5, y aceptada por el tribunal de juicio a fs. 127.

Respecto al peso probatorio de los croquis ilustrativos que obran en los autos N° 17.271/17, cabe decir que la crítica defensiva no es de recibo por una sencilla razón: la posición de la camioneta en la que se trasladaba el acusado no se encuentra establecida ya que éste, momentos después de la colisión, emprendió la fuga (véase soporte audiovisual, min 00:53:00).

Dicho de otro modo, el personal policial no tuvo otra alternativa que tomar como referencia los testimonios de las víctimas y la posición de la motocicleta embestida.

Tampoco es de recibo el cuestionamiento al examen médico en tanto prueba de las lesiones sufridas por las víctimas productos de la colisión. No se puede derivar del hecho de que el certificado médico fuera expedido cuatro días después de producido el accidente que las lesiones se las hayan infligido las propias víctimas.

Esta no deja de ser una cavilación defensiva sin fundamentos que se opone a las declaraciones de las víctimas –calificadas de creíbles por la *a quo*– y al hecho de que fueron trasladadas al hospital inmediatamente después de embestidas.

Dicho esto, corresponde contestar la supuesta falta de instancia privada por los delitos de lesiones imprudentes alegados por la defensa.

Frente a ello, basta decir que las víctimas manifestaron su intención de poner en movimiento el curso procesal de la acción penal mediante las denuncias de fs. 2 de los presentes autos N° P-17271/17 y la copia obrante a fs. 13/14 de la denuncia de los autos acumulados N° P-11169/17, donde fueron específicamente preguntados para que dijese si deseaban instar la acción penal conforme lo dispuesto en el art. 72 CP., lo que permite desestimar sin más este tramo del planteo defensivo.

Respecto del agravio en el plano de la aplicación del derecho, la defensa sostiene que en ambas causas se ha recurrido erróneamente a la figura de las lesiones imprudentes, pues, en verdad, debió haberse aplicado el art. 2 CPP, otorgado el beneficio de la duda y absuelto al acusado.

Tal como se adelantó, el recurrente propone la existencia de una plataforma fáctica distinta a la que la sentenciante tuvo por acreditada a fin lograr se absuelva a su defendido por el beneficio de la duda.

No obstante, conforme se demostró en los párrafos anteriores, los defectos de valoración mencionados no se verifican en los fundamentos analizados y, en función de ello, la base fáctica no es otra que la que el *a quo* entendió probada, por lo que cualquier cuestionamiento en la aplicación del derecho basada en una modificación de aquélla no puede ser acogida en esta instancia.

Sin embargo, en el marco de los autos P-11.169/17, subsidiariamente propone la justificación del comportamiento de su defendido, basado en el hecho de que habría reconocido su intención de embestir el vehículo en el que se desplazaba Adrián Sosa, pero con el fin de resguardar su integridad personal, ello en tanto, tenía temor de que tomaran represalias por el accidente que había protagonizado con anterioridad.

Como explica la jueza sentenciante, el supuesto temor del imputado que explicaría el comportamiento investigado en el marco de la causa referida en el párrafo anterior, no encuentra sustento en ningún elemento probatorio (ver registros audiovisuales, a partir del minuto 00:50:00).

Ello en tanto, las declaraciones testimoniales brindadas por Sebastián Cirica, Oriana Cocenza y Adrián Maximiliano Sosa ratifican el hecho de que después de producido el primer accidente, el acusado se paró a unos metros de las víctimas y las insultó, para acto seguido darse a la fuga.

Todo ello convenció, fundadamente, al tribunal de juicio de que no existió temor alguno de sufrir represalias que justificara el impacto en el costado del vehículo que lo perseguía. Más aún, cuando el conductor de este último, Adrián Sosa, se encontraba acompañado por su esposa y sus dos hijos de 7 y 1 años respectivamente. Circunstancia que era apreciable en el espejo retrovisor de la camioneta que conducía el acusado.

En consecuencia, validada la valoración de la prueba llevada a cabo por la jueza de la instancia previa, entiendo que corresponde rechazar la pretensión defensiva en su totalidad y confirmar la sentencia tanto en el nivel de la valoración de la prueba, como en el nivel de la aplicación del derecho.

De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 213/218 vta. por la defensa de Luis Alberto Valdéz González.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

4. **MORALES. 22-02-21.**

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcMVM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Le y 26485. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Coacciones. Violencia de género.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen** condenó al imputado a la pena de **dos años** de prisión en forma condicional como autor penalmente responsable del delito de coacciones (artículo 149 bis, 2° párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. En cuanto a los vicios formales, el recurrente entiende inobservado el art. 400 del CPP, toda vez que se incorporó la denuncia formulada sin respetar la taxatividad expresa de la norma. Respecto de los vicios sustanciales, sostiene la defensa que las expresiones vertidas por el acusado no constituyen amenazas coactivas y carecen de idoneidad para actuar sobre el ánimo y la voluntad de la víctima

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, toda vez que la impugnación pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 8974, pronunciada por la Segunda Cámara del Crimen - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Italiani.
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Ureta. 03-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=26>
- Mur Impellizeri. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcMIG.pdf
- Quevedo.
- Domínguez Castillo. 19-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180619_FcDCN.pdf
- Barbosa Orlando. 12-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180612_FcBON.pdf
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Llorente.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04241317-2/1((010502-56883)) FC/ M. V. M. A. P/ LESIONES LEVES DOL. AGRAVA. P/ EXISTIR RELAC. PAREJA CON. ID. LES. LEV. DOLOSAS AGRAV. VIOL. GEN Y COACC. (56883) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104311264*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04241317-2/1, caratulada "F. C M.V., M. A. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de M.A.M.V. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 8.974 que condenó a la pena de dos años de prisión en forma condicional como autor penalmente responsable del delito de coacciones (artículo 149 bis, 2° párrafo del CP); fallo pronunciado por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal a quo ha tenido por acreditado que el 25 de mayo de 2015 aproximadamente a las 18:00 horas, N.J.P.P. se encontraba en su domicilio del Barrio E.R., manzana H casa 7 de L. H. cuando llegó su ex pareja M.A.M.V. con los hijos de ambos para entregárselos y, seguidamente, el acusado le dio un golpe de puño en las costillas y le dijo «si me denuncias te voy a matar o te voy a quitar los chicos».

Para así decidir, el tribunal contó con la declaración de N. P. P., de M. J. P. B. y demás prueba instrumental, entre ellas acta de denuncia fs. 1 y vta., el examen psíquico y examen médico policial efectuado a la denunciante, el examen psíquico realizado a M. A. M.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone con sustento en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia adolece de vicios sustantivos y formales que la invalidan como tal.

2. a. Vicios formales

El recurrente entiende inobservado el art. 400 del CPP, toda vez que se incorporó la denuncia formulada sin respetar la taxatividad expresa de la norma.

Denuncia inobservancia del art. 416 inc. 4 del CPP, en tanto el juzgador no respetó las reglas de la sana crítica racional respecto de elementos probatorios de valor decisivo y menciona en este sentido el informe pericial de fs. 8 y el informe elaborado por la Dirección de la Mujer de fs. 115 y vta.

Es por ello que considera conculcado el principio de razón suficiente. En este sentido explica que en los fundamentos de la sentencia cuestionada hay tres hipótesis de lo que aconteció ese día y desde su

perspectiva defensiva alega la existencia de una duda razonable que debe redundar en beneficio del condenado por imperio del art. 2 del CPP.

2. b. Vicios sustantivos

En este orden, la defensa entiende erróneamente aplicado el art. 149 bis, 2º párrafo del CP, toda vez que el plexo probatorio ha acreditado que las expresiones vertidas por el acusado no constituyen amenazas coactivas y carecen de idoneidad para actuar sobre el ánimo y la voluntad de la víctima, en cuanto ésta se vea constreñida a usar cautela para resguardarse del peligro que la espera.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 156/158, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja del rechazo del recurso de casación articulado, desde que entiende que la impugnación pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. Por ello entiende que la sola posición defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por el a quo en la sentencia, sólo agrega agravios por incorporación de prueba, cuyas objeciones no fueron presentadas oportunamente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

La defensa invoca y sustenta sus agravios en los motivos casatorios previstos en ambos incisos del art. 474 del código mencionado, esto es, en la presencia de vicios in iudicando e in procedendo.

Ahora bien, de acuerdo a los argumentos que se exponen a continuación, entiendo que la sentencia cuestionada no adolece de los vicios formales y sustantivos que alega el recurrente ya que presenta una adecuada motivación acorde a las reglas de la sana crítica racional.

En cuanto a los vicios formales, abordaré su tratamiento en el orden expuesto por el recurrente.

De manera inicial considero que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Dicho cuanto precede, entiendo que los agravios expuestos por la defensa revelan una diversa perspectiva y criterios de valoración disímiles a los empleados por el juzgador que se encuentran plasmados con evidencia en todo el reclamo recursivo.

Sin embargo, la crítica carece de apoyo en las constancias de la causa, a la vez que las pretendidas falencias expuestas no ostentan entidad para conmover la validez de la sentencia puesta en crisis.

En primer lugar, debe señalarse que no puede prosperar el agravio relacionado con la pretendida inobservancia del art. 400 del CPP. Según la defensa, tal inobservancia se concretó durante la realización de la audiencia llevada a cabo el 7 de septiembre de 2017 (fs. 125/126) en la que, a instancia de la fiscal

le solicitó la lectura de parte la denuncia de fs. 1 y vta. Esto con la finalidad de refrescar la memoria de N. J. P.. Ante la oposición de la defensa, el juzgador habilitó la petición de la fiscal por entender que no se conculcaban las garantías constitucionales del acusado.

Entiendo que la decisión del tribunal resultó ajustada para habilitar la lectura pertinente en tanto la denuncia fue formulada ante el ayudante fiscal, con las formalidades de los artículos 326, 327 y 328 del CPP (fs. 1/2), razón que me permite sostener que no existe mengua del derecho de defensa del acusado como alega el recurrente en su reclamo.

Es que la defensa formaliza su reclamo casatorio y realiza un análisis e interpretación fragmentada de la normativa procesal vigente, toda vez que omite en su argumentación el contenido expreso del art. 401 del CPP.

Esta norma precisamente contempla que las actas y los documentos pueden ser leídos durante el debate a pedido del Ministerio Público Fiscal o de las partes, figurando la denuncia en primer término y siempre que aquella hubiera sido formulada con las formalidades de la ley.

En segundo lugar, a idéntica solución arribo respecto de la pretendida violación del art. 416, inc. 4 del CPP y en particular referencia a los informes de fs. 8 y 115.

De las actas que lucen agregadas a fs. 125 vta., 132 vta y 133, surge que los informes se incorporaron sin oposición por parte de la defensa.

A ello agrego que en la etapa procesal relativa al ofrecimiento de prueba, el Ministerio Público Fiscal ofreció, entre otros elementos, el examen psíquico efectuado a la denunciante de fs. 8 y la defensa del acusado adhirió a la prueba ofrecida por el fiscal.

Esta circunstancia impide la procedencia del agravio así expuesto.

Estas apreciaciones resultan de aplicación al agravio relativo al informe elaborado por la Dirección de la Mujer de fs. 115 y vta. Ello en tanto la defensa no se opuso a su incorporación oportunamente.

Por ello coincido con el Procurador en su dictamen cuando afirma que en el momento procesal oportuno la defensa no opuso objeciones a su incorporación ni formuló protesta de recurrir en casación, es decir la defensa consintió la prueba que resiste en instancia casatoria, con lo que su planteamiento resulta extemporáneo.

En tercer lugar, tampoco considero procedente los agravios vinculados con la violación del principio de razón suficiente e *in dubio pro reo*.

Ello, desde que encuentro que el recurrente alega violación del principio de razón suficiente, sin concretar expresamente el agravio sino que lo expone a modo de disconformidad con la labor de valoración del plexo probatorio llevado a cabo por el juzgador. De tal manera la defensa construye, desde su perspectiva, una hipótesis fáctica sobre la que pretende la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Dicho cuanto precede entiendo que corresponde descartar la pretensión toda vez que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba detallados con anterioridad, arribó a la certeza necesaria para imponer una condena, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades ni parcialidad y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

Es que, de acuerdo al testimonio de la víctima, corroborado con el testimonio de su madre M. J. P. B., y avalado con el informe psíquico de fs.8 elaborado por el Dr. Crocco del CMP y el informe de fs. 115 y vta. de la Dirección de la Mujer, quedó acreditado el contexto de violencia intrafamiliar en el que ocurrieron los hechos.

Esta situación fue destacada por el tribunal de sentencia especialmente al valorar las variaciones ocurridas en el testimonio de la víctima (fs. 1 vta, y la prestada en el debate oral fs. 124 vta, como así también del restante plexo probatorio).

En esa dirección, ya he tenido oportunidad de señalar que la adopción de una debida perspectiva de género no importa en materia procesal el menoscabo del valor que a cada prueba debe asignarse, sino una particular visión en el modo de valorar cada uno de los elementos probatorios, de manera tal que un mismo indicio puede tener un distinto valor de acuerdo a la naturaleza del caso.

De este modo, en materia de violencia contra las mujeres adquiere especial relevancia al momento de acreditar los hechos, la declaración de la víctima y las pruebas indirectas toda vez que en muchas ocasiones no se cuenta con testigos (ver al **respecto “Italiani”, “Merlo Lassa”**, entre otros).

En el caso concreto, considero que tal estándar ha sido acertadamente aplicado por el juez *a quo* al momento de ponderar los elementos convictivos incorporados a la causa, llevando a cabo una relación y valoración integral de aquéllos y confrontándolos con la versión defensiva aportada por el acusado (ver al respecto, **“Cruz Ureta”; “Mur Impellizeri”**, entre otros). Estas tazonas que me conducen al rechazo de los agravios formales alegado.

Finalmente, encuentro que tampoco pueden prosperar los vicios sustantivos expuestos en el recurso de casación.

El tribunal tuvo por acreditado que el 25 de mayo de 2015 M. V. se presentó en el domicilio de su ex pareja en horas de la tarde y le manifestó dichos amenazantes con el fin de obligarla a una conducta negativa, esto es a no formular una denuncia en su contra porque en caso de que lo hiciera la iba a matar o le iba a quitar a los hijos.

Por un lado, debe señalarse que el plexo probatorio, integrado con la declaración testimonial de la víctima N. P., de M. P. y demás prueba instrumental detallada (fs. 132 vta.), se encuentra debidamente valorado acorde a las reglas de la sana crítica racional y, como se dijo, en concordancia con los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, que obliga a los operadores del Derecho a cumplir con los compromisos internacionales asumidos, esto es la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Por otro lado, y vinculado a la pretendida falta de idoneidad de las amenazas, debo destacar que ya he tenido oportunidad de expedirse este Tribunal sobre ello al sostener que «[...] tampoco obsta la aplicación de la figura del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP, la pretendida ausencia de temor de la víctima puesto que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido (ver al respecto **“Quevedo”**).

Resulta igualmente de aplicación lo resuelto en los precedentes registrados en “**Domínguez Castillo**”, “**Barbosa Orlando**” y “**Murcia Lucero**”, a cuyo tenor, y en lo pertinente, me remito.

Lo señalado me conduce a compartir el dictamen del Procurador General cuando sostiene que debe relacionarse **la contextualidad de la violencia** en la que se encuentra inmersa la víctima para llegar a la conclusión que, el temor hacia el acusado es lo que determinaría la aparente ausencia de interés por ratificar sus dichos, su reticencia o su ocultamiento.

De manera que ello demuestra claramente la capacidad amedrentadora de la amenaza coactiva, con lo cual la argumentación de la falta de estos elementos en los dichos del M. V. y su configuración como un elemento del tipo coyuntural, de momento, producto de la ofuscación, no puede ser de recibo.

En otras palabras, en las presentes actuaciones se encuentra acreditado el temor de la víctima como elemento contextual de la relación histórica de la violencia vivida, lo que impide considerar la improcedencia de la figura prevista por el art. 149 bis, 2º párrafo del CP.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de M.A. M. V..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

5. **ASTORGA GOMEZ. 16-04-21.**

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210416_FcAGG.pdf

Lex: Arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11°, 55, y 239 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Concurso real. Desobediencia a la autoridad. Vínculo. Violencia de género. JAI cuestionado.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** en efectivo como autor de los delitos de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia a la autoridad (arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, 55, y 239 del CP). Asimismo, revocó la condicionalidad de una condena anterior impuesta por el Segundo JPC, en fecha 18/2/20 – sentencia N° 5304–, en la que se le impuso un año de prisión de ejecución condicional y unificó ambas condenas en la pena única de **un año de prisión** en efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia que cuestiona es arbitraria por cuanto padece ausencia de motivación en los hechos y derecho. Y solicita se declare la nulidad de la sentencia impugnada.

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

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 6899, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.*

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

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05523789-6/1((018502-77352)) F. C/ASTORGA GOMEZ GUILLERMO P/LESIONES LEVES CALIFICADAS... P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105706529*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05523789-6 caratulada “F. C/ ASTORGA GÓMEZ GUILLERMO GABRIEL P/LESIONES LEVES CALIFICADAS S/CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Guillermo Gabriel Astorga Gómez, formula recurso de casación contra la sentencia N° 6899, de fecha 11 de diciembre de 2020, y sus fundamentos vertidos oralmente, en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión en efectivo como autos de los delitos de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia a la autoridad (arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, 55, y 239 del CP).

Asimismo, revocó la condicionalidad de una condena anterior impuesta por el Segundo Juzgado Penal Colegiado, en fecha 18/2/20 –sentencia N° 5304–, en la que se le impuso un año de prisión de ejecución condicional y unificó ambas condenas en la pena única de un año de prisión en efectivo de cumplimiento efectivo. El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-77352/20.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa del acusado, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «[...] el día ... de 2020, J. B. C. Ch. se presentó en la casa de su ex pareja, Guillermo Gabriel Astorga Gómez, a fin de buscar a su hijo, luego aproximadamente a las 21.40 horas, que la llevó hasta su domicilio, sito en... de la Ciudad de Mendoza, donde la víctima intentó bajar al niño del vehículo ya que el sindicado estaba conduciendo de manera peligrosa, originándose una discusión durante la cual Guillermo Gabriel Astorga Gómez agredió físicamente a J. B. C., a quien rasguñó, mordió en la cara y le tiró el pelo, propinándole también cachetones o piñas en la cabeza.

A raíz del hecho la víctima padeció excoriación costrosa de tres centímetros en región frontal, entre medio de ambas cejas y excoriación costrosa lineal de cuatro centímetros en cara anterior de codo derecho. En tales circunstancias el inculso hizo caso omiso a la prohibición de acercamiento dispuesta en autos N° 1990/18/9f y 142/19/7F, ambas notificadas previo a la conducta endilgada».

Para así decidir, la jueza de sentencia tuvo en consideración el acuerdo presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa del acusado, así como la declaración de éste en torno a lo solicitado y acordado.

Asimismo, valoró, junto al reconocimiento del acusado de su responsabilidad en el hecho, el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de Guillermo Gabriel Astorga Gómez promueve recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP. Señala que la sentencia que cuestiona es arbitraria por cuanto padece ausencia de motivación en los hechos y derecho.

Destaca, por su parte, que no se ha enumerado la prueba reunida en contra de Astorga. Agrega que el derecho de motivar una sentencia es garantía fundamental derivada del Estado de derecho.

De acuerdo a lo expuesto, solicita se declare la nulidad de la sentencia impugnada y se disponga la realización de un nuevo juicio que garantice los derechos de su defendido.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen de la Procuración General

A fs. 5/6 se encuentra agregado el dictamen emitido por el Procurador General. Luego de analizar el planteo recursivo, señala que el recurso procede formalmente aunque refiere que, en lo sustancial, correspondería su rechazo.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación promovido y la sentencia impugnada, entiendo que corresponde rechazar el primero de los nombrados y confirmar la resolución criticada, puesto que a mi criterio, no se verifican los vicios denunciados por la recurrente.

Examinada la censura casatoria planteada advierto que el núcleo central de la crítica radica en la alegada ausencia de fundamentación y enumeración de los medios de prueba en contra de su defendido.

En este sentido, concuerdo con el Procurador General en cuanto a que la crítica esgrimida no logra conmover la sentencia cuestionada y sus fundamentos.

Al respecto corresponde destacar que en la audiencia de debate llevada a cabo en la presente causa, el representante del Ministerio Público Fiscal –ayudante fiscal Dr. Facundo Montenegro de la Unidad Fiscal de Violencia de Género– puso en conocimiento de la jueza, del acuerdo al que había arribado con la defensa de Guillermo Gabriel Astorga. Otorgada la palabra a la Dra. Ríos Villegas, defensora del acusado, ésta petitionó a la jueza que se homologase el convenio al que había llegado con la parte acusadora.

Ello, con relación a la celebración de **juicio abreviado**, al monto de la pena a imponer y a la revocación de la condena de ejecución condicional impuesta con anterioridad (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 11 de diciembre de 2.020).

A continuación, la jueza consultó al acusado si estaba de acuerdo con la aplicación del instituto de juicio abreviado respecto del cual había acordado su defensora técnica con el representante de la parte

acusadora, así como si conocía las implicancias y sus consecuencias (ver registros audiovisuales, a partir del minuto 17.50).

También le explicó a Astorga los efectos en orden a la condena anterior que sobre el mismo pesaba. Concretamente le señaló que, para efectivizar el juicio era condición o requisito que declarase haciéndose cargo de la autoría y responsabilidad penal en el hecho atribuido, el que se le leyó.

Así también surge de la reproducción del registro audiovisual que luego de formulada la pregunta, Astorga dijo que sí reconocía el hecho atribuido.

Posteriormente, la jueza señaló que se encontraba acreditado el hecho atribuido al acusado, con el grado de certeza necesario, y de acuerdo a toda la prueba incorporada.

En este sentido, enumeró los elementos convictivos en los que apoyaba su resolución, además de la declaración del acusado.

Particularmente: la denuncia formulada por la víctima y su ratificación; las diversas actuaciones policiales; el informe del Cuerpo Médico Forense que diera cuenta de las lesiones constatadas en la víctima; el informe del EPI, del que se concluía sobre la existencia de violencia moderada; y, los informes psicológicos realizados al acusado.

En este sentido, corresponde señalar que los elementos de convicción señalados por la jueza resultan los mismos que detalló el representante del Ministerio Público Fiscal al sostener la hipótesis de acusación.

Estos elementos resultaron la base de la plataforma fáctica en virtud de la cual la defensa y el representante del Ministerio Público Fiscal acordaron y solicitaron la aplicación de juicio abreviado el que, como se detalló, fue comprendido y aceptado por el acusado.

De tal manera es que se advierte que el agravio formulado por la defensa resulte una mención superficial por parte de la recurrente sin lograr acreditar lesividad en los intereses de su asistido.

Por ello, al considerar que la fundamentación de la sentencia no padece de falencias que impliquen su anulación, por cuanto para llegar a tal solución aquéllas deben revestir una entidad tal que equivalga a ausencia de fundamentos, corresponde, en opinión concordante del señor Procurador General, dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Guillermo Gabriel Astorga Gómez y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 6899 y sus fundamentos dictada por sala unipersonal del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

6. **CORIA CHACON. 25-06-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-6°	-	A	-	-	-	-	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcCCS.pdf

Lex: Art 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11° del CP. Art 2, 3, 4,26 y 29 de la Ley 26485. Art. 244 del CPP. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Lesiones. Violencia de Género. Legítima Defensa. Pericia. Informe Técnico. Nulidad.

Summa:

El **JPC N° 1** condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género.

La **defensa** interpone recurso de casación por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo. En el aspecto formal, sostiene que la resolución que impugna tiene una motivación insuficiente, toda vez que se sustenta en forma exclusiva en la credibilidad otorgada por el juez de sentencia al testimonio brindado por C. S. y en el informe del EPI. En otro orden, entiende que no ha quedado debidamente acreditado que los hechos hayan acontecido en un contexto de violencia de género. Por último, sostiene que ha quedado acreditado que el hecho en virtud del cual se condena al imputado, se encuentra justificado en los términos del art. 34 inc. 6° del CP

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia, y no puede prosperar la supuesta causa de justificación en la conducta del imputado. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación, imponer las costas a la vencida, diferir la regulación de los honorarios profesionales, tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa y remitir las actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3094 (30-07-19), pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mac Garry. 14-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Masa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Di Cesare Morales 26-06-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Cruz Caporiccio 17-12-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales 10-09-2019: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

- Ojeda Pérez 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello 10-12-2019: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Vega

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

Párrafos destacados

“[q]ue el informe de riesgo elaborado por el EPI contenga conclusiones que no puedan ser calificadas como puramente descriptivas, o que el mismo se encuentre «fundado en especiales conocimientos científicos», no convierte por sí solo a ese elemento de prueba en un dictamen pericial”.

«[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).”

“[...] la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas”

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

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-04859567-1/1((018501-83203)) FC/ S. A. C. CH. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS (83203) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104942499*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04859567-1/1, caratulada "F. C/ C. CH., S. A. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado S. A. C. Ch. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 3.094 (fs. 245/246) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de ocho meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-83.203/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 11 de octubre del 2018, siendo aproximadamente las 15:15 hs., en el interior de la vivienda ubicada en calle..., L., en el marco de una discusión, S. A. C. Ch., le propinó una cachetada y un golpe de puño en el ojo izquierdo a su ex pareja, C. A. L. S., haciendo que la misma cayera al piso, causándole equimosis asociada a edema bipalpebral en el ojo izquierdo, el cual no se puede separar, equimosis de 7 cm. Aproximadamente violácea en codo izquierdo, lesiones éstas con un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes».

Para así decidir, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima, C. S., la licenciada Mariana Chiabrandó, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 46/47, el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs.41, así como los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, sostiene que la resolución que impugna tiene una motivación insuficiente, toda vez que se sustenta en forma exclusiva en la credibilidad otorgada por el juez de sentencia al testimonio brindado por C. S. y en el informe del EPI, el cual considera que presenta vicios por los cuales corresponde la declaración de su nulidad.

Al respecto, sostiene que el referido informe es una pericia, en tanto no posee las características de ser descriptiva, y sus conclusiones se basan en especiales conocimientos científicos.

Se agravia porque el examen psicológico de la víctima se realizó el mismo día del hecho, sin haber tenido el trámite previsto para la realización de las pericias, con lo cual se afectó los derechos y garantías del imputado de participar en su producción.

Asegura que el interés jurídico que tiene la nulidad impetrada estaría representado por el hecho de que con dicho informe el sentenciante arribó a una condena, lo que constituye un perjuicio para el encartado. Advierte que si bien el a quo reconoció que el referido informe es cualitativamente inferior a la pericia, y que sólo tiene un valor indiciario, este elemento de prueba fue ponderado para sustentar la condena del imputado C. Ch..

En otro orden, entiende que no ha quedado debidamente acreditado que los hechos hayan acontecido en un contexto de violencia de género.

Ello por cuanto entiende que las circunstancias descriptas por la denunciante no guardan relación con lo previsto en el **art. 4 de la ley 26.485**, en cuanto no hubo relación desigual de poder que afectara la vida de la S., su libertad, integridad física, psicológica, sexual y económica, como tampoco su seguridad personal. Aclara que a tal conclusión se arriba a partir del relato de la supuesta víctima.

Por último, sostiene que ha quedado acreditado que el hecho en virtud del cual se condena al imputado, se encuentra justificado en los términos del art. 34 inc. 6º del CP ya que, tal como se desprende del testimonio de la propia víctima, el imputado recibió una agresión ilegítima por parte de S., que consistió en una patada en los testículos y una agresión con una caja de madera, luego de lo cual éste le habría propinado a la víctima un golpe en la cara.

Asegura que C. no realizó ninguna acción que permitiera la reacción de S., y que la acción de ésta se basó en una sospecha o conjetura sobre una posible agresión por parte del imputado. No habría provocación por parte de C., y el medio empleado para repeler la agresión de S. fue ajustado a la agresión recibida. Por las razones expuestas, solicita la declaración de nulidad absoluta de la sentencia impugnada y, en consecuencia, se disponga la absolución de C. Ch. por encuadrar su conducta en la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 6º del CP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

En relación al primer agravio entiende que no puede prosperar.

Al respecto, señala que el informe del EPI es un informe técnico que tiene por fin establecer el estado de las cosas, que permite al Ministerio Fiscal la toma de decisiones en un sentido determinado. En el caso,

explica que la finalidad del referido informe es la protección de las víctimas de violencia de género, conforme lo ordena la ley 26.485.

En otro orden, entiende que tampoco puede prosperar el agravio vinculado a que no se habría acreditado el contexto de violencia de género.

Ello por cuanto del propio relato de la víctima, como del informe del EPI, se desprenden las distintas formas de violencia de la que fue víctima C. S. por parte del imputado.

Del mismo modo, considera que, conforme a cómo acontecieron los hechos, no puede prosperar la supuesta causa de justificación en la conducta del imputado.

Al respecto, sostiene que quedó debidamente acreditado que quien provocó la situación fue C. Ch., quien le propinó en primer término un golpe de puño a la víctima, al advertir en el celular de ésta mensajes de contenido sexual, y que al intentar el imputado provocarle más daño, ésta reaccionó a fin de defenderse de otro inminente ataque a su integridad física.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Ante todo debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, en primer lugar (a) se abordarán los vicios en que se sustenta la alegada vulneración al derecho de defensa en juicio, derivados de las irregularidades apuntadas por el recurrente aspecto que – según entiende el censurante– acarrearían necesariamente la nulidad de la sentencia cuestionada.

En segundo lugar (b) ingresaré a un segundo tramo de análisis, relativo al tratamiento de la queja mediante la que se canaliza el embate sustancial, esto es, acerca de la subsunción legal de los hechos efectuada por el juzgador; aspecto éste en el que, según entiendo, se encuentra entronizado el tema decidendum de la impugnación bajo tratamiento.

a. Sobre la nulidad del informe de riesgo elaborado por el EPI

De acuerdo con el razonamiento de la defensa, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) obrante a fs. 46/47 es, en realidad, una pericia que no fue producida según los requisitos legales de ese medio probatorio.

Para sostener esta idea el recurrente sostiene que, a pesar de no haber sido ordenado como tal, dicho informe constituye en rigor un dictamen pericial, en tanto se basó en una evaluación psicológica que no implica una mera tarea descriptiva sino que sus conclusiones se fundan en especiales conocimientos científicos.

En virtud de ello, propicia la declaración de nulidad del referido informe en tanto se vulneró el derecho de defensa de su representado y, por tal motivo, propicia la declaración de la nulidad de la sentencia

cuestionada, en tanto el referido informe resultó relevante en el razonamiento del juez a quo para sustentar la responsabilidad del imputado en el hecho intimado.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto las premisas utilizadas por el censurante no pueden ser ratificadas en esta instancia, puesto que no resultan adecuadas para fundamentar la sanción de nulidad pretendida.

Al respecto, esta Suprema Corte de Justicia tiene dicho, en consideraciones que entiendo aplicables al caso, que «[...] el hecho de que el informe de riesgo elaborado por el EPI contenga conclusiones que no puedan ser calificadas como puramente descriptivas, o que el mismo se encuentre «fundado en especiales conocimientos científicos», no convierte por sí solo a ese elemento de prueba en un dictamen pericial».

A ello se agregó que «[...] el objetivo de la producción del informe [...] no [es] el de descubrir o valorar un elemento de prueba para el que fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales (art. 244 del CPP), sino el de adecuar la investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (**ver ley 26.485, ver arts. 2, 3, 26 y 29)**» (**ver «Mc Garry Bevan», entre otros**).

Por ello, resulta claro que lo que motivó al Ministerio Público Fiscal a producir el referido informe fue la urgencia propia de las medidas preventivas que habilita la ley 26.485 (ver art. 26).

Así, el hecho de que dicho informe se haya basado en datos obtenidos a través de una entrevista psicológica, es decir, en «conocimientos científicos» del psiquiatra que intervino, no altera su naturaleza convirtiéndolo en un dictamen pericial y, en consecuencia, no pueden serle aplicables los recaudos que regulan la producción de las pericias.

En el mismo sentido, el juez de instancia anterior diferenció las características de un informe técnico y el de una pericia.

Al respecto, precisó que en el primero se solicita una evaluación de riesgo de la víctima, en tanto en una pericia se establecen los puntos específicos que deben someterse a peritación. Por otra parte, destacó acertadamente el sentenciante que el informe cuestionado por la defensa fue incorporado al debate, con omisión de su lectura y con la conformidad de las partes. Es decir, la defensa no cuestionó su validez en el momento procesal oportuno.

Agregó el juez de sentencia que, a fin de garantizar el contradictorio, prestó declaración testimonial en audiencia de debate la Lic. Mariana Chiabrando, profesional del EPI, quien explicó que «[...] se trata de un informe de valoración de riesgo [...] en el que mediante una entrevista clínica semiestructurada con preguntas a la entrevistada, se evalúa la existencia de algún pronóstico de riesgo y, en su caso, el grado con la finalidad de analizar las medidas de protección que correspondan [...]» (fundamentos de fs. 247 vta.).

Con base a lo expuesto, y como adelantara, corresponde desestimar el planteo de nulidad impetrado, en tanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

b. Acerca de la valoración de los elementos de juicio y de la subsunción legal de los hechos investigados

Tras haber analizado –y descartado– el agravio relativo a la nulidad de la sentencia por fundar, a criterio de la defensa, su decisión en una prueba ilegalmente incorporada al proceso, conviene ahora avanzar sobre el esquema inicialmente propuesto.

De esta manera, ya en este segundo tramo de revisión, se tratarán los agravios casatorios referidos a la tarea valorativa llevada a cabo por el a quo y, como consecuencia de tal actividad, el encuadre legal de la conducta del acusado. En forma preliminar, es preciso aclarar que la defensa concentra sus esfuerzos en obtener, a partir de una interpretación parcial –y menos gravosa– del evento delictivo, una modificación de la calificación legal que lo beneficie.

Para lo cual presenta a modo de agravios sustanciales, cuestionamientos que, en estricto rigor, reposan en una crítica a la tarea axiológica del tribunal.

b.1 En primer lugar, el recurrente cuestiona la existencia de un contexto de violencia de género.

En abono a su postura afirma que las circunstancias descritas por la denunciante no guardan relación con lo previsto en el art. 4 de la ley 26.485. Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar.

Ello por cuanto el recurrente los formula en términos genéricos, sin concreción ni referencia alguna por la cuál sea posible inferir la identidad de aquellos elementos de prueba que el sentenciante habría omitido o valorado en forma arbitraria. Esta situación dificulta, lógicamente, llevar adelante la tarea de revisión propia de esta instancia.

No obstante ello, de la lectura del dictum cuestionado se advierte que el juzgador al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sentado cuanto precede, y como adelantara, el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por C. Sáez, al que consideró creíble, no sólo porque se mantuvo coherente y sin contradicciones a lo largo de todo el proceso, sino también, ponderó la inmediatez en que la víctima formuló la denuncia.

Además, consideró corroborada la versión de los hechos brindada por S. a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos a su relato.

En especial, el informe del EPI y la declaración testimonial de la licenciada. Chiabrando. De este modo, el juez de instancia anterior meritó el examen psicológico practicado a la víctima por el EPI, de donde se desprende la existencia de un contexto de violencia de género.

En el referido informe se refiere que, conforme las características de la relación que mantenían víctima e imputado, se pudo determinar que esa relación era asimétrica, disfuncional, donde el varón tenía el control, el dominio y el poder sobre la examinada. Asimismo, se informó sobre las distintas manifestaciones de violencia de la que resultó víctima S. por parte del imputado (violencia física, psicológica y sexual). En cuanto a la valoración del riesgo, se determinó la existencia de violencia física grave (fundamentos de fs. 403 vta.).

En definitiva, entiendo que a partir de un análisis integral del plexo probatorio ha quedado acreditado en grado de certeza que los hechos intimados al imputado C. Ch. acontecieron en un contexto de violencia de género, sin que exista una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo en este aspecto.

b.2. En otro aspecto, entiendo que no puede tener acogida favorable el agravio vinculado a que el imputado habría actuado en legítima defensa y, por ende, la pretensión de que los hechos se subsuman en el tipo permisivo contemplado en el art. 34 inc. 6 del CP.

Sobre este tópico en particular, la estrategia de la defensa consiste en destacar los pasajes del relato de la víctima que resultan coincidentes con la versión de los hechos brindada por el imputado C., y convenientes a la construcción de su postura.

De este modo, el censurante sostiene que en un contexto de discusión con su pareja C. S., el imputado recibió una agresión ilegítima por parte de ésta. Esta, sería un puntapié en los testículos y una agresión con una caja de madera.

Luego de ello, el acusado le habría propinado a la víctima un golpe en la cara. Asegura que C. no realizó ninguna acción que permitiera la reacción de S., y que la acción de ésta se basó en una sospecha o conjetura sobre una posible agresión por parte del imputado.

Agrega que no habría provocación por parte de C., y que el medio empleado para repeler la agresión de S. fue ajustado a la agresión recibida.

Ahora bien, más allá de los esfuerzos destinados a hacer valer esta versión alternativa de los hechos, considero que la estrategia de la defensa claramente encierra la pretensión de provocar una modificación unilateral y arbitraria de la plataforma fáctica que resultó debidamente demostrada a partir de una correcta valoración de la prueba reunida, y que sólo se justifica en la intención de proponer un encuadre normativo que beneficie a su asistido.

A mi modo de entender las cosas, de la prueba valorada por el juez de la instancia anterior surge que la dinámica modal bajo la que se desarrollaron los hechos, dista absolutamente de la que propone la defensa.

De esta manera comparto con el sentenciante la credibilidad otorgada al testimonio de la víctima. Al respecto, el juez de instancia anterior advirtió, en relación al relato de C. Ch., «[...] la omisión de circunstancias por demás relevantes en la descripción de los hechos, como así también la divergencia en otras circunstancias que no se condicen con lo expresado por la aquí denunciante[...]» (fundamentos de fs. 256).

Afirmó que el imputado de ningún modo podría invocar la existencia de una agresión ilegítima contra la que tuviera que reaccionar.

Al respecto precisó que [...] si bien la defensa circunscribe la presunta agresión, diciendo que fue su defendido quien sufrió un puntapiés y luego un golpe en la cabeza, del análisis de lo expuesto en la oportunidad en la que se determinara la mecánica de los hechos, se puede sostener que la agresión ya había comenzado mucho antes; por parte del propio imputado y hacia la víctima L. Saenz».

Aclaró también que el imputado agredió en primer orden a la víctima al advertir que ésta había mantenido relaciones sexuales con su actual pareja.

Expresó S. que al expresarle al imputado que todo había terminado se le «desfiguró la cara» y «se le vino encima».

Además de la secuencia de los hechos acontecidos en tal oportunidad, el a quo señaló –acertadamente a mí criterio– que no puede soslayarse en este análisis los distintos episodios de violencia sufridos por la víctima con anterioridad al hecho investigado, los que tuvieron lugar en un claro contexto de violencia de género (fundamentos de fs. 261 vta.).

Estos aspectos señalados, en cuanto a los hechos que se tuvieron por acreditados por el juez de la instancia anterior y que se confirman en esta oportunidad, descartan que sea jurídicamente posible

subsumir los hechos como lo pretende el recurrente, es decir, que las lesiones infringidas a C. S. fueron producidas al amparo del art. 34 inc. 6 del CP.

Por lo tanto, aparece correcto el encuadre asignado en la pieza impugnada.

Con base a lo expuesto, entiendo que la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso no encuentran asidero en las constancias de la causa, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal

inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, **conf. «Ojeda Pérez»–.**

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –**conf. «Zurita»–.**

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de

varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) —conf. «Zurita»—.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece—.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad.

Así lo he sostenido recientemente en «Zurita». Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

En tercer orden, y tal como destacué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 269/277 por la defensa técnica de S. A. C. Ch. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 3.094 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

7. MIGLIORISI. 25-06-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474
														-2

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcMOF.pdf

Lex: Art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°; 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo. Violencia de género. Amenazas simples

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc.2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso de casación, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia ya que se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación deducido por la defensa técnica de F. M. M. O. y, en consecuencia, confirma la sentencia N° 3.436, impone las costas a la vencida y difiere para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales, tuvo presente la reserva del caso federal efectuado y remitió las actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3434, pronunciada por el JPC N°1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Gatica Toledo 02-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180302_FcGTM.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Masa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarrello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- L.S. 377-43
- LS 186-427 21-12-84: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

- LS 153-011 07-03-78: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- LS 354-218: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- LS 392-94
- LS 397-177

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

c-CSJN

- Casal. 20-09-05:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692757510577>
- Leiva, María Cecilia 01-11-11:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989)

Párrafos destacados

“ [S]entado cuanto precede, debe señalarse, que si bien la motivación de la sentencia cuestionada es escueta, resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación”.

“[...] la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos...”

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

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-04870017-3/1((038501-57708)) RECURSO DE CASACION P-57708/18 FC/ M. O. F. M. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS (57708) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104953678*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04870017-3/1, caratulada "F. C/ M. O., F. M. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado F. M. M. O. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 3.436 (fs. 83/84 vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples (arts. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 55 y 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P57.708/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e] l día 17 de julio de 2018, siendo las 14:00 hs. aproximadamente, en circunstancias en que Y. S. A. S. se encontraba en su domicilio, sito en calle..., Junín, Mendoza, se presentó su ex marido, F. M. M. O., por lo que la víctima salió del interior de la vivienda, y previo discutir con ella, el sindicado la tomó del brazo izquierdo por entre una reja y la empujó con fuerza hacia donde él estaba, golpeándola con la mencionada reja, provocándole mancha rojiza de tres centímetros aproximadamente de diámetro en brazo izquierdo, y luego le expresó «yo me voy a quedar a esperar a la policía, pero esto me lo vas a pagar», infundiéndole temor en la víctima».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima, Y. S. A. S., el acta de procedimiento de fs. 24, el examen psíquico realizado a la víctima del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 34, acta de inspección ocular de fs. 9, acta de inspección ocular de fs. 9 y la constancia de examen físico de la víctima de División Sanidad Policial de fs.55.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc.2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

De este modo, el recurrente sostiene que la sentencia cuestionada es arbitraria por cuanto carece de fundamentación y, por tal motivo, impide conocer las razones por las cuales el juez de la instancia previa alcanzó el grado de certeza para condenar a su asistido.

En este sentido, explica que el sentenciante omitió valorar el testimonio de la presunta víctima, en tanto sólo se limitó a considerar creíble su relato mediante la lectura textual de un fragmento del informe psicológico realizado a Y. A., en donde se concluye sobre la credibilidad de sus dichos, sin explicar por qué llegó a tal conclusión.

También se agravia de la ausencia de mención y valoración de las pruebas incorporadas por lectura, tales como el acta de procedimiento y sus actas de ratificaciones de personal policial, de donde se desprende las contradicciones en las que habría incurrido la víctima en sus distintas manifestaciones a lo largo del proceso.

Del mismo modo, se agravia sobre la omisa consideración por parte del sentenciante de la versión de los hechos brindada por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material, lo que afecta el derecho de defensa de su asistido.

Cuestiona también el censurante que el sentenciante en sus fundamentos realizó una lectura textual de fragmentos de los informes psicológicos practicados tanto a la presunta víctima como al acusado.

Entiende que la simple lectura de estos informes debió ser acompañada de un razonamiento que le de cierta interpretación, ya se a favor, o en contra, de M. O.. Señala como otro vicio de fundamentación la ausencia de valoración de prueba decisiva.

Al respecto precisó que el juez de sentencia para considerar acreditadas las lesiones sufridas por A. y atribuidas a su asistido, sólo mencionó la constatación de lesiones realizadas a la víctima, las que no fueron valoradas bajo la lupa de ningún contexto fáctico o jurídico.

Con relación al hecho calificado como amenazas, por el que también resultó condenado su defendido, asegura que el juez de sentencia consideró acreditado el hecho de manera arbitraria.

Ello por cuanto no analizó ningún elemento de juicio que permita acreditar la existencia de las amenazas y la autoría de M..

Sostiene también que el juez de la instancia anterior omitió realizar un análisis jurídico de los tipos penales por los cuales resultó condenado M., en tanto no explicó si se encontraban acreditados los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales bajo estudio.

Con base a lo expuesto, solicita se revoque la sentencia que cuestiona y propicia la absolución de su defendido F. M. M. O. en orden a los delitos por los que resultó condenado en las presentes actuaciones.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que la sentencia cuestionada contiene los elementos mínimos para considerarla suficiente a los fines de la sentencia condenatoria, teniendo presente para ello el principio de amplitud probatoria que rige respecto de los delitos de violencia de género y habiendo un testigo único que es la denunciante.

Sostiene que, en tal inteligencia, el juez de sentencia ha acreditado con la prueba existente y de acuerdo a las premisas de valoración probatoria en los delitos cometidos en el contexto de violencia de género las dos conductas denunciadas, en el caso, las lesiones y las amenazas perpetradas por el acusado en perjuicio de la víctima de autos.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

En primer orden, debo señalar que advierto un déficit argumentativo en la crítica esbozada por el censurante con relación a cada uno de los elementos probatorios que considera que no fueron valorados adecuadamente por el juzgador o que fueron omitidos en su ponderación, para considerar acreditada en grado de certeza la hipótesis acusatoria propuesta por el representante del Ministerio Fiscal.

Al respecto este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria [...] debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «**Gatica Toledo**»). Estos términos son enteramente aplicables al presente, ya que el defensor no concreta sus agravios, impidiendo que el Tribunal los conozca y aborde adecuadamente.

Ello por cuanto el censurante se limita a mencionar ciertos elementos probatorios que –a su entender– no habrían sido valorados por el sentenciante, pero no explica ni desarrolla cuáles son los vicios, ni demuestra cómo se habrían producido, ni tampoco explica –con relación a los elementos omitidos por el juzgador en sus fundamentos– por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

De tal manera, el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad de las supuestas arbitrariedades en la valoración de la prueba. No obstante ello, los defectos prementados serán obviados, en pos de efectivizar el derecho del imputado a la segunda instancia, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re «**Casal, Matías Eugenio**», posición seguida por este Cuerpo en numerosos precedentes, a partir de dicho fallo. (Conf. L.S. 377-43, entre otros).

Sentado cuanto precede, debe señalarse, que si bien la motivación de la sentencia cuestionada es escueta, resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en autos no ocurre. De este modo, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 411, inc. 2 del CPP, en cuanto a que la sentencia debe contener la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen.

De este modo, entiendo oportuno destacar que el juez de sentencia consideró que los hechos que se le atribuían al acusado F. M. O., y por los que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante omite considerar en la construcción de sus argumentos defensistas (ver registros audiovisuales, día 29/08/19, hora 1:26:04).

Sobre el tema, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». De este modo, y como adelantara, el

juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por Y. S. A. S., el que, además, consideró corroborado a partir de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima. En especial, el informe psicológico realizado por el CMF, el que concluye sobre la credibilidad de su relato, como así también, la existencia de indicadores de maltrato por parte de su ex pareja.

Con relación a las lesiones, el sentenciante valoró, principalmente, la constatación de las lesiones realizadas a la víctima por División Sanidad Policial. Cabe aclarar que la validez de los mencionados elementos de juicio no son objeto de censura en esta instancia recursiva.

Conforme lo expuesto, entiendo que no pueden prosperar las críticas esbozadas por la defensa en torno a la –a su entender– deficiente argumentación del juez de sentencia en la valoración del testimonio de la víctima y las pruebas que la sustentan, en tanto el sentenciante siguió los estándares convencionales en la interpretación de la prueba que la temática en estudio demanda. Vinculado a este punto, tampoco puede prosperar la crítica dirigida a cuestionar la omisa consideración por parte del sentenciante del acta de procedimiento de fs. 24, de donde se desprendería –según lo sugiere la defensa– contradicciones en el relato de la víctima. Como adelantara, la defensa no explica en qué consistirían las mentadas contradicciones, no las confronta con el plexo probatorio, ni tampoco valora su impacto en la parte resolutive.

Sin embargo, de la lectura del mencionado acta se desprende que la víctima, según la constancia plasmada por los efectivos actuantes, habría manifestado que como consecuencia del accionar del acusado se lesionó no sólo la muñeca de la mano, sino también la cabeza.

En primer orden, advierto que no estamos frente a una contradicción en el relato de la víctima, en tanto ésta también refirió a personal policial en tal oportunidad haber recibido un golpe en el brazo, relato que mantuvo tanto en su acta de denuncia, realizada el mismo día del hecho, como en su declaración en la audiencia de debate, elementos que conformaron, en definitiva, la hipótesis acusatoria. En segundo lugar, entiendo que la diferencia señalada por la defensa en relación con algunos aspectos de la versión brindada por aquélla no tiene la entidad suficiente para desvirtuar el acerbo probatorio que sindicó al acusado como autor de los hechos por los cuales fue condenado.

Por otro lado, el censurante cuestiona la deficiente valoración que realiza el sentenciante de la constancia de lesiones realizada a la víctima, en tanto no habría explicado adecuadamente la causa de tales lesiones.

Al respecto, se desprende de los registros audiovisuales que el sentenciante –contrariamente a lo sugerido por el censurante– valoró este elemento de juicio contrastándolo, particularmente, con el relato de Y. A.. Así, consideró el juez de la instancia previa que las lesiones constatadas en la muñeca izquierda de la víctima por el profesional de División Sanidad Policial, se condicen con la descripción de las circunstancias modales y lo manifestado en este sentido por la víctima en sus distintas declaraciones testimoniales (ver hora 1:27:37).

De manera tal, que la queja esgrimida en este sentido no puede prosperar en esta instancia recursiva. Tampoco puede ser de recibo el agravio vinculado a la omisa consideración por parte del sentenciante de la versión de los hechos brindada por el acusado, en tanto no explica la defensa de qué manera ello haría variar la solución condenatoria a la que llegó el sentenciante, ni tampoco explica cuáles serían los elementos de juicio que sustentan su declaración.

No obstante ello, advierto que el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material admitió su presencia en las circunstancias temporo-espaciales descritas en el hecho objeto del proceso, incluso también coincidió con la víctima sobre la discusión que mantuvieron en torno a una computadora que ésta debía devolverle. Sin embargo, negó haber lesionado y amenazado a la víctima.

Al respecto, y con relación a las lesiones que se le atribuyen, precisó que sólo la tomó del brazo para acercarla a la reja y poder hablar, al tiempo que admitió que pudo haberle producido un rasguño en el momento en que Y. A. «se soltó» de su mano (ver, a partir del minuto 45:24).

Sin embargo, y tal como se desprende del plexo probatorio analizado precedentemente, la versión de los hechos del acusado no tiene asidero en las constancias de la causa y, por ello, no puede prosperar. Por último, alega la defensa que el sentenciante no realizó el debido examen jurídico de la tipicidad de los actos endilgados a su asistido.

Entiendo que si bien el juez de la instancia previa fue sucinto en su fundamentación, ello no alcanza para sustentar los vicios denunciados por el censurante. Así, el juez de sentencia consideró con relación a las lesiones que el hecho de tomar del brazo a la víctima y empujarla fuertemente hacia la reja provocándole un daño en su cuerpo, constituye el delito de lesiones. Del mismo modo, y en relación con el delito de amenazas, el sentenciante entendió que se encontraba acreditado que el acusado profirió dichos amenazantes que infringieron temor en la víctima.

Cabe aclarar que la acreditación de los demás elementos que conforman los tipos penales endilgados, en particular, los tipos agravados por el vínculo y el contexto de violencia de género, se desprenden de los argumentos brindados por el sentenciante a lo largo de su fundamentación, los que si bien en algunos aspectos no presentaron un adecuado orden de exposición, tal defecto no sustenta los vicios denunciados por el recurrente (ver, a partir hora 1:26:45). En definitiva, y por lo precedentemente analizado, entiendo que el recurso de casación impetrado debe rechazarse en lo sustancial. Ello por cuanto el quejoso no aborda los fundamentos del sentenciante a partir de un análisis crítico de todos los elementos de juicio periféricos a la declaración de la víctima, los que permitieron al juzgador, en definitiva, analizar las distintas probanzas con la necesaria perspectiva de género que el caso en análisis requería. Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de

género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de

valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, **conf. «Ojeda Pérez»–.**

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) –conf. «Zurita»–. A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o

desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en **«Zurita»**.

Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). En tercer orden, y tal como destaqué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de F. M. M. O. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 3.436 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

8. PETRICONA. 23-06-21

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

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcPetricorena.pdf

Lex: Arts. 104, 205, 55 del CP.

Vox: Abuso de arma. Dolo de peligro. Fundamentación del monto de la pena. Ilegitimidad y nulidad de pena impuesta.

Summa:

El **JPC 2 de la 2° CJ** condenó al nombrado a la pena de **dos años y tres meses** de prisión efectiva, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso de arma y violación de medidas destinadas a impedir la introducción o propagación de una epidemia.

La **defensa** interpuso recurso de casación en función del Art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia adolece de vicios de interpretación y aplicación del derecho, y en la fundamentación de la pena impuesta, limitando la materia sometida a revisión sólo en lo relativo al delito de abuso de armas.

El **Procurador General** entiende que procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

La **SCJM** rechaza el recurso de casación planteado por la defensa, confirmando la sentencia condenatoria.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 233, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Díaz Castro. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcDCM.pdf

Párrafos destacados

“De la compulsión de las constancias audiovisuales surge que, al fundamentar la sentencia, el juez explicó los requisitos típicos del delito de abuso de armas y destacó que consiste en «[...] disparar un arma de fuego contra una persona, pudiendo hierla o no hierla [...]» –v. audiencia, minuto 5:00 a 5:46–. También señaló que «[...] es un delito que consiste en una actividad que genera un peligro, crea un peligro para un bien jurídico cual es, en este caso, la seguridad de la persona, la integridad de la persona, y puede estar dirigida contra una persona determinada o hacia personas indeterminadas. Los requisitos que requiere esta figura son que se utilice un arma de fuego, es decir, estamos hablando de que se trate de un instrumento que a través de la deflagración de la pólvora produzca la expulsión de un proyectil; y a su vez que haya puesto en peligro la integridad de una persona, aun cuando no haya tenido la intención el autor de hierla u ocasionarle algún otro daño [...]. Por ello no es necesario que se trate de una persona determinada o que haya tomado puntería el autor del hecho para efectuar el disparo. Lo que se requiere es dolo dado por el conocimiento y la voluntad de que se tiene un arma de fuego, de que dispara hacia una o varias personas...”

SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05431960-0/1((028502-27788)) FC/ PETRICORENA SOMBRA MARCO ANTONIO P/ VIOLACION DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR LA INTRODUCCION O PROPAGACION DE EPIDEMIA (COVID-19) (27788) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105609592*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05431960-0/1 caratulada “F. c/ PETRICORENA SOMBRA, MARCO ANTONIO P/ VIOLACIÓN DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR LA INTRODUCCIÓN O PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Marco Antonio Petricorena Sombra plantea recurso de casación (fs. 311/319 vta.) contra la sentencia N° 233 que condenó al nombrado a la pena de dos años y tres meses de prisión efectiva por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso de arma y violación de medidas destinadas a impedir la introducción o propagación de una epidemia (arts. 104 y 205 del CP), en los autos P-21.128/20 y P-25.806/20 respectivamente.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada –en lo que a la resolución del recurso respecta– tuvo por acreditado que «[...] el día 6 de marzo de este año [2020], en General Alvear entre las 7:30 y 8 horas en [...] proximidad del domicilio sito en Almafuerde 859 el imputado Petricorena Sombra le efectuó un disparo con arma de fuego al señor Facundo Díaz a la altura de la pierna derecha provocándole una lesión con un orificio de entrada en la zona interna del muslo derecho, generándole una incapacidad para el trabajo de 10 días» –v. constancias audiovisuales del día 18/09/2020, min. 1:25 a 2:08–.

Para considerar acreditado ese hecho, el juez valoró principalmente los testimonios de Eva Bravo, Jonathan Rojas, Facundo Díaz Samoluk, Jonathan Calderón, Eliana Sambrano, Rodolfo Núñez y Nicolás Beresiarte; las actas de procedimiento, aprehensión, secuestro y de visu obrantes en autos; los informes del Hospital Enfermeros Argentinos, de Policía Científica, del CEO y del Cuerpo Médico Forense, las denuncias realizadas y la encuesta ambiental incorporada. Por los hechos investigados en los autos N° P-21.128/20 y N° P25.806/20 y ventilados en el mismo juicio, se condenó a Marco Antonio Petricorena Sombra a la pena de dos años y tres meses de prisión efectiva como autor de los delitos de abuso de arma y violación de medidas destinadas a impedir la propagación de una epidemia (arts. 104 y 205 del CP).

2.- Recurso de casación

La defensa de Petricorena Sombra impugna la sentencia condenatoria con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. Esto por considerar que adolece de vicios en la interpretación y aplicación del derecho y en la fundamentación de la pena impuesta.

En este sentido, la defensa plantea tres agravios. En primer lugar, en punto a la crítica sustancial la defensa deslinda la parte de la condena que cuestiona: no impugna lo relativo al delito de violación de las medidas para evitar la propagación de una epidemia (causa P-25.806/20), sino la calificación del hecho en la causa P-21.128/20 como «abuso de armas».

Tras repasar la estructura típica de este delito, explica que el abuso de armas requiere de un disparo dirigido contra una persona, por lo que son atípicos los disparos de arma de fuego realizados al aire o dirigidos hacia un lugar donde no hay nadie.

Además, se trata de un delito doloso que requiere que el autor conozca el carácter de arma de fuego del instrumento que emplea y que tenga la voluntad de disparar contra alguien, de manera que el dolo debe abarcar no sólo la acción de disparar, sino también la situación de peligro para el bien jurídico que exige la ley. En cuanto a la diferencia con los delitos de lesiones u homicidio, afirma la defensa que en el abuso de armas debe haber dolo de peligro, que exige que el disparo sea realizado contra una persona.

Con cita del **precedente «Díaz Castro»** de esta Suprema Corte, afirma que el abuso de armas lleva ínsita la intención indeterminada de herir o matar, la cual –ante la duda– no puede conducir a la calificación legal más grave. A partir de estas premisas la defensa afirma que en el caso no hubo intención de herir o matar a la víctima de autos, lo que surge claro de los testimonios de Jonathan Calderón Sambrano y Facundo Díaz Samoluk.

El primero declaró que Petricorena Sombra pasó corriendo y disparó «al boleo» (sic), sin realizar maniobras de puntería, y el segundo que disparó «a quemarropa» (sic), aclarando al ser preguntado que «[...] no sabía a quién disparó, tiró al primero que le dé [...]» –v. recurso, fs. 311 vta./312–.

Concluye al afirmar que debe descartarse el abuso de armas y calificarse el hecho como lesiones culposas leves porque no hubo intención de herir o matar a la víctima, tampoco se disparó contra una persona determinada ni hubo un disparo dirigido ni apuntado. Como consecuencia de este cambio de calificación la pena debería ser menor a la aplicada por el juez.

En segundo lugar la defensa cuestiona la fundamentación de la pena impuesta, pues considera que es omisiva y, por ello, ilegítima y nula. Explica que una motivación adecuada de la pena, tal como lo exige nuestro ordenamiento legal, implica que no sólo se señale el peso de las circunstancias agravantes o atenuantes, sino también que se explicita la escala penal que se toma como referencia.

En el caso el juez omitió mencionarla y ello le impide a la defensa efectuar un control de legalidad y racionalidad. Afirma que no se puede conocer el mínimo de la escala que tomó en cuenta el juez, y que existen al menos tres posiciones doctrinarias sobre el mínimo que conducirían a distintos resultados. En tercer y último lugar, vinculado con lo anterior, la defensa agrega un agravio también vinculado a la fundamentación de la pena impuesta.

Afirma que el tribunal consideró como agravante de la pena las «condenas anteriores», lo que resulta ilegítimo y vulnera la prohibición de ne bis in ídem o doble juzgamiento. En base a esos agravios, solicita se case y anule la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida (fs. 328/330) el Procurador General considera que el recurso procede formalmente aunque debe ser rechazado en el fondo.

Sostiene que los hechos han sido correctamente calificados como abuso de arma puesto que el juez destacó que de las declaraciones brindadas y la prueba instrumental surgía que la víctima –Facundo Díaz– había sufrido una lesión no controvertida por la defensa, producida por un proyectil disparado por Petricorena Sombra.

También surgía claro de las pruebas, en particular de los testimonios de Eliana Zambrano, Jonathan Calderón y Facundo Díaz, que el acusado pasó en dos oportunidades por el lugar y en la segunda efectuó un disparo contra este último, con quien tenía conflictos. Díaz, según el juez, fue claro en la audiencia en señalar que Petricorena Sombra extendió el brazo hacia donde él se encontraba con Calderón y efectuó el disparo.

En definitiva, de la valoración probatoria realizada por el juez surgiría claro que el disparo fue realizado contra personas, contrariamente a lo afirmado por la defensa. Además, aclara el Procurador General que no es necesario que se haya tomado puntería para efectuar el disparo, ni que se dispare contra una persona determinada o indeterminada. Por eso, a su juicio, el agravio no puede ser acogido.

En cuanto al agravio vinculado a la falta de expresión de la escala penal, el Procurador General considera que debe ser rechazado de plano puesto que de los fundamentos surge que el juez explicitó cuál era la escala penal prevista en abstracto para cada delito, luego se refirió al concurso real y efectuó el cálculo de pena en base a esas consideraciones.

Expresa que la pena impuesta, además, se encuentra dentro de la escala –que oscila entre uno y cinco años de prisión–.

Advierte el Procurador General intentos vanos por beneficiar al condenado mediante referencias a cuestiones que no ocurrieron en el caso, donde los fundamentos del juez fueron claros y razonados, ajustados a las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del CP, con valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes y sin arbitrariedad o violación de la prohibición de doble juzgamiento. Así, al no existir afectación del derecho de defensa ni arbitrariedad en la decisión, a su criterio debe ser rechazado el recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Marco Antonio Petricorena Sombra y confirmar la sentencia condenatoria pronunciada en autos, en base a las razones que en lo sucesivo se exponen. Preliminarmente debo señalar que el límite del control en esta instancia está dado por la materia sometida a revisión por el defensor, de modo que la parte de la condena relativa a los autos N° P-25.806/20 por el

delito de violación de medidas destinadas a impedir la propagación de una epidemia no será objeto de análisis (conf. art. 462 del CPP).

Tal como fue reseñado antes, el recurrente plantea tres críticas contra la sentencia: una relativa a la calificación del hecho y dos sobre la fundamentación de la pena. Me ocuparé de ellas en el orden en que fueron planteadas por la defensa. En punto a la calificación del hecho investigado en los autos P21.128/20, la defensa afirma que el delito de abuso de armas exige que se dispare contra alguien, y que de las pruebas producidas surge que Petricorena Sombra disparó de manera aleatoria, sin apuntar contra nadie en particular. De manera que, a su juicio, la calificación correcta sería la de lesiones leves culposas, prevista por el art. 94 del CP. Las pruebas que invoca son las declaraciones de la víctima Facundo Díaz y de Jonathan Calderón, quienes presenciaron el hecho y dijeron que el acusado disparó sin realizar maniobras de puntería y sin importar a quién podía lastimar.

Este agravio sustancial planteado por la defensa no puede ser recibido en esta instancia por dos razones, asociadas no a la interpretación o aplicación de la ley penal –como pretende el recurrente– sino a las premisas fácticas en que se apoya, es decir, a la valoración probatoria. Por una parte, de las pruebas que invoca el recurrente no surge que el acusado no haya disparado contra personas.

Por otra, la defensa no ha tomado en consideración las razones brindadas al respecto por el juez, quien valoró integralmente las pruebas y concluyó que Petricorena disparó contra Díaz. Dicho en otras palabras, no se encuentra en tela de juicio el modo de interpretar el delito de abuso de armas, S puesto que el punto de partida fáctico de la que parte el recurrente para sostener su crítica sustancial no puede ser convalidado. Veamos.

De la compulsión de las constancias audiovisuales surge que, al fundamentar la sentencia, el juez explicó los requisitos típicos del delito de abuso de armas y destacó que consiste en «[...] disparar un arma de fuego contra una persona, pudiendo hierirla o no hierirla [...]» –v. audiencia, minuto 5:00 a 5:46–. También señaló que «[...] es un delito que consiste en una actividad que genera un peligro, crea un peligro para un bien jurídico cual es, en este caso, la seguridad de la persona, la integridad de la persona, y puede estar dirigida contra una persona determinada o hacia personas indeterminadas. Los requisitos que requiere esta figura son que se utilice un arma de fuego, es decir, estamos hablando de que se trate de un instrumento que a través de la deflagración de la pólvora produzca la expulsión de un proyectil; y a su vez que haya puesto en peligro la integridad de una persona, aun cuando no haya tenido la intención el autor de hierirla u ocasionarle algún otro daño [...]. Por ello no es necesario que se trate de una persona determinada o que haya tomado puntería el autor del hecho para efectuar el disparo. Lo que se requiere es dolo dado por el conocimiento y la voluntad de que se tiene un arma de fuego, de que dispara hacia una o varias personas [...]» –v. constancias, min. 5:46 a 7:50–.

De los fragmentos citados surge de manera clara que la interpretación del derecho sustancial realizada por el juez es la misma que reclama la defensa: para que se den los requisitos típicos del delito de abuso de armas es necesario que quien dispara lo haga contra personas, colocándolas en riesgo, pues este se trata de un delito de peligro. Ahora bien, al valorar la prueba el juez tuvo en cuenta en primer lugar que había una serie de hechos no controvertidos por las partes: que Facundo Díaz Salomuk sufrió una lesión, que a consecuencia de ella tuvo una incapacidad para el trabajo de diez días, que la agresión ocurrió en inmediaciones de calle Almafuerte 859, de la ciudad de General Alvear, y que la lesión fue ocasionada por un proyectil –v. registros audiovisuales, minutos 8:00 y ss.–.

A partir de allí, el juez valoró la restante prueba y brindó especial peso a la declaración de la víctima – Facundo Díaz Samoluk–, a la persona que se encontraba junto a él en el momento del hecho –Jonathan Calderón–, y a la madre de este último –Eliana Sambrano–, quien aunque no presenció el hecho aportó elementos que le permitieron corroborar los dichos de los anteriores. En relación con el testimonio de la víctima, Facundo Díaz, el juez advirtió que al comienzo de su declaración quería aparentar que no conocía a Petricorena, aunque al avanzar la misma quedó claro que lo conocía, habían tenido conflictos anteriores y tuvieron otros posteriores. Díaz coincidió con Jonathan Calderón en que vieron pasar a Petricorena y que luego lo vieron una segunda vez, oportunidad en la cual pasó con algo en la mano: un trapo según Calderón, una remera según Díaz. Ambos declararon haber escuchado un disparo: Díaz dijo que no vio el arma pero Calderón sí, y la describió como un arma negra. Discreparon en cuanto a la distancia que los separaba de Petricorena: entre quince y veinte metros para Díaz, seis metros para Calderón.

También destacaron el conflicto previo entre Díaz y Petricorena. En cuanto al modo en que disparó, el juez valoró que, según Calderón, el acusado «[...] extendió el brazo hacia nosotros y allí efectuó el disparo [...]» y que ambos coincidieron en que el disparo se dirigió contra ellos –v. constancias audiovisuales, minutos 11.24 y ss.–.

En cuanto a la declaración de Eliana Sambrano, el juez tuvo en cuenta que ella vive en el domicilio en cuya fachada ocurrió el hecho, y que no tiene relación de amistad o vínculo significativo con la víctima –a punto tal que luego del hecho le prohibió a su hijo reunirse con Facundo Díaz–. Sambrano relató que escuchó un estallido similar a un petardo y luego los gritos de sus hijos, por lo que salió y vio a su hijo Jonathan corriendo.

Cuando le preguntó qué pasó éste le dijo que «[...] era algo del Facundo [...]» y que conocían a la persona que disparó, Petricorena, a quien ella podía nombrar porque lo habían mencionado su hijo y Facundo Díaz así como la gente que estaba en el lugar. También corroboró S que le habían dicho que Petricorena pasó corriendo y efectuó un disparo, y aludió a que traía algo envuelto en la mano. El juez consideró que ese testimonio satisfacía las exigencias de credibilidad –v. constancias audiovisuales, minutos 9:05 y ss.–. A partir de ello el juez concluyó que se había efectuado un disparo con un arma de fuego, que el mismo lo había realizado Petricorena contra las personas de Facundo Díaz y Jonathan Calderón, y que el motivo de ese disparo eran «[...] cosas entre Petricorena y Díaz [...]».

Sin perjuicio de que el acusado haya pasado rápidamente y no haya realizado maniobras detenidas de puntería, el juez tuvo por acreditado a partir de la declaración de Calderón que Petricorena «[...] extendió la mano hacia él [por Díaz] y efectuó un disparo [...]» –v. registro audiovisual, minutos 21:10 a 23:35–. De manera tal que, como se anticipó, no pueden ser acogidas en esta instancia las alegaciones defensivas que pretenden poner en tela de juicio el hecho de que Petricorena disparó «contra personas». Ha quedado suficientemente acreditado que el acusado tenía problemas con Díaz, que pasó una primera vez por el lugar sin realizar ninguna acción y luego retornó, munido de un arma, para disparar contra Díaz.

El hecho de que haya realizado maniobras de puntería o no, no resulta relevante para el análisis puesto que de la fundamentación realizada por el juez surge con claridad que Petricorena buscó disparar contra Díaz, y lo hizo de manera desaprensiva generando riesgo también para Calderón. Disparo que, dada la corta distancia que separaba al acusado de la víctima y el hecho de que se trataba de un arma de mano, no requería mayores maniobras de puntería.

En definitiva, el recurso no logra sostener el punto de partida fáctico de su alegación sustancial y, además, no ha tomado en consideración las razones expuestas por el juez para considerar acreditados los extremos típicos del delito de abuso de armas. Por tales motivos, el agravio debe ser desestimado. b.- En segundo lugar corresponde analizar los agravios invocados por la defensa relacionados ambos con la fundamentación del monto de pena impuesto.

Como se señaló antes, la defensa cuestiona que no se expresara la escala penal aplicable y que se vulnerara la prohibición de doble juzgamiento al valorar negativamente los antecedentes de Petricorena. De la compulsa de las constancias audiovisuales surge que una vez declarada la responsabilidad penal de Petricorena por los delitos de abuso de armas y de violación de las medidas dispuestas para impedir la propagación de una epidemia (arts. 104 y 205 del CP), cometidos en concurso real (art. 55 del CP), el juez fundamentó la pena a imponer. Al hacerlo, contrariamente a lo sostenido por la defensa, el magistrado explicitó la escala penal aplicable al caso y no tomó en consideración los antecedentes del acusado sino para disponer el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, tal como lo prevé el art. 26 del CP. Dicho con otras palabras, ninguno de los extremos señalados por la defensa se verificó en autos. Veamos.

El juez señaló que «[...] analizando, conforme lo establecen nuestros artículos 40 y 41, la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño, el peligro creado, la edad, la educación, las costumbres, los motivos que lo impulsaron a delinquir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho, teniendo presente que se le ha imputado y se ha considerado que es penalmente responsable de dos delitos en concurso real, donde como ya señalé el delito de abuso de armas tiene un mínimo [...] de 1 año y un máximo de 3 años de prisión, en tanto que el previsto en el artículo 205 tiene un mínimo de 6 meses y un máximo de 2 años. Y [que] entran en juego las previsiones del art. 55 [ello] nos daría que tiene como mínimo el mínimo mayor, y como máximo la suma aritmética de los máximos de los distintos delitos. Por ello nos lleva a una escala penal que va del año a los 5 años de prisión [...]» – v. registros audiovisuales, min. 29:45 a 30:56, el destacado me pertenece—. Luego continuó «[...] ¿Qué entiendo como circunstancias atenuantes?

En este caso entiendo como circunstancias atenuantes la juventud S del señor Petricorena, que tiene un oficio que es de pintor, que ha cumplido con las medidas procesales que le han sido requeridas durante la instancia en la cual estuvo detenido, y entiendo como circunstancias agravantes -en el caso del expediente 21.128- que se hizo uso de un arma de fuego poniendo en peligro a dos personas como Díaz y Calderón -a punto tal que le ocasionó una lesión a Díaz-, que fue efectuado en la vía pública -con lo cual posibilitó que otra persona pudiera resultar lesionada-, es decir que se pudo lesionar a un tercero. Los motivos que impulsaron esto [...] esta animosidad o esta enemistad entre el señor Petricorena y el señor Díaz, enemistad que como ya dije llevó a poner en peligro la integridad del señor Calderón, la de un tercero que pudiera encontrarse allí, los que estaban dentro de la misma casa. Y en el caso del expediente 25.806 entiendo que estas medidas, teniendo en cuenta que estamos atravesando una situación de pandemia violan estas normas destinadas a proteger la salud pública, que se hallaba junto a otra persona -como es la señora o señorita Montes de Oca-; el hecho de haber hecho caso omiso a una disposición sanitaria que era de fácil cumplimiento, y en este caso -como ya hice referencia- para conseguir cerveza o conseguir nafta, elementos que no son de primera necesidad. Todas estas son las circunstancias atenuantes y agravantes que pondero.

Entiendo que la pena que ha sido requerida por el señor Fiscal de 2 años y 6 meses de cumplimiento efectivo -el señor fiscal hace referencia que tiene que ser de cumplimiento efectivo por una circunstancia que no ha sido controvertida y es que el señor Petricorena fue condenado en fecha 27/11/2012 por sentencia 5.956 a la pena de 4 años de prisión en efectivo y fue declarado reincidente- [lo que] hace imposible disponer el cumplimiento en forma condicional de la condena, a los términos del artículo 26.

Por ende entiendo que resulta proporcional la pena de 2 años y 3 meses de prisión de cumplimiento efectivo, a los términos del artículo 408 y concordantes de nuestro CPP, al considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso de armas (previsto en el artículo 104 e instruido en los autos 21.128) y como autor penalmente responsable del delito de violación de las medidas sanitarias destinadas a impedir la propagación de una epidemia (prevista en el artículo 205 del Código Penal e instruido en los autos 25.806). Por ende se lo condena [...]» -v. registros audiovisuales, minutos 30:56 a 35:10, el destacado me pertenece-.

En definitiva, esta sección del recurso también debe ser rechazada por cuanto de la revisión de los argumentos empleados por el juez para fundamentar la pena impuesta y su modalidad de cumplimiento surge que no se incurrió en los vicios que denuncia la defensa. Por todo lo expuesto, y al no verificarse los vicios señalados por la defensa en su recurso de casación, en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhiere.

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

OBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Marco Antonio Petricorena Sombra.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

9. **LUCERO VIDELA. 12-08-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-2°
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	UC	-	-	-	489

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210812_FcLV.pdf

Lex: Arts. 89, 92, art. 80 incs. 1° y 11°; y 58 del CP. Art. 2 incs. a, b, c y e y 4 de la Ley 26485. Art. 16 de la CN. Arts. 206 y 409 del CPP. Art. 7 inc. e de la Convención Belem Do Pará. Ley 27499 (Ley Micaela). Acordada N° 29318 y su anexo.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja. Sana crítica racional. Motivación de la sentencia. Contexto familiar. Fase de luna de miel. Improcedencia del recurso de inconstitucionalidad. Valoración de los medios de prueba en casos de violencia de género. Retracción de la víctima motivada por carencia de red de contención familiar y económica. Violencia económica.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a pena de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerarlo autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja, revocó la condicionalidad de la pena impuesta por el Tercer Juzgado Correccional y unificó la condena en la pena única de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpuso recurso de casación, de conformidad con el art. 474 inc. 2° por considerar que el *a quo* no se ajustó a las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar la prueba, entre otros agravios. Asimismo, planteó recurso de inconstitucionalidad por entender inmotivada la sentencia (conf. art. 489 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, debe ser rechazado formalmente.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Respecto al recurso de inconstitucionalidad, se consideró improcedente por no cumplir con los parámetros del art. 489 del Código de Rito.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7847 (18-05-21), pronunciada por el JPC N°1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cirrincione. 07-03-78.
- Escudero. 21-12-84.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Buenanueva. 04-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210804_FcBAM.pdf
- Muñoz García. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf
- Rodríguez Ginestra. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcRGD.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Casado. 29-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201229_FcCJM.pdf
- Domínguez. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDDF.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y ots. vs. México:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

Parágrafo destacado

“...En definitiva, de la reseña efectuada entiendo que, tal como afirma el Procurador General, los argumentos defensivos no resultan más que la discrepancia del presentante en torno a la valoración de los medios de convicción, sin que se observen las falencias que refiere en su recurso. Contrariamente, considero que la labor de ponderación de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia previa se llevó a cabo de manera acertada y –como señalé– con respeto de los parámetros fijados por este Cuerpo...”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05765179-7/1((018501-50404)) F. C/ LUCERO VIDELA P/ LESIONES (50404/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105942005*

En Mendoza, a los doce días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13- 05765179-7, caratulada "F. C/LUCERO VIDELA S/CASACIÓN".

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

La defensa técnica de Alberto Osvaldo Lucero Videla, promueve recurso de casación e inconstitucionalidad en contra de la sentencia N° 7847 de fecha 18 de mayo de 2.021 y sus fundamentos, en tanto condena al nombrado a la pena de ocho meses de prisión, revoca la condicionalidad de la condena impuesta con anterioridad por el Tercer Juzgado Correccional en fecha 6/7/17 en la que se lo condenó a 6 meses de prisión condicional por el delito de lesiones leves dolosas calificada por la relación de pareja y, se unificó la condena en la pena única de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-50404/20.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

La resolución criticada, en lo pertinente para la solución del recurso planteado, consideró acreditados los hechos atribuidos al acusado, consistentes en que «[e]l día... de 2.020, siendo las 19:30 horas aproximadamente, en el domicilio ubicado en calle..., Las Heras, el Sr. OSVALDO A. LUCERO, en un contexto de violencia de género, abordó a su pareja S. M. D. G. M., con quien comenzó una discusión donde la insultó, para luego propinarle una cachetada en la boca, y acto seguido la arrojó al suelo, donde continuó con los golpes, y cuando dejó de pegarle la víctima dio aviso a la policía, haciéndose presente una movilidad en el lugar que procedió a la aprehensión del mismo. Posteriormente el Cuerpo Médico Forense constató las lesiones de la víctima, quien presentó equimosis región frontal de 1 cm., equimosis en región esternal inferior de 2 cm., equimosis en región costal derecha lateral de 8 cm., por 4 cm., equimosis en hombro derecho de 1 cm., todas lesiones con un tiempo probable de curación inferior a un mes y no generan inutilidad para el trabajo».

Para así decidir el juez de sentencia valoró los diversos elementos de prueba obrantes en la causa. Entre ellos, las declaraciones prestadas en audiencia de debate por S. D. G. M., la Lic. Maria Laura Lemos del EPI, la Dra. Andrea Brahim del CMF, el Dr. José Profili del CMF; C. Mabel R., J.Esteban Lucero, F. A., J. A.

D., P. L., A. B. L., la Dra. Sofía Lorena Giannoni, la Dra. Yanina Falcón; las declaraciones del acusado; como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación y de inconstitucionalidad de la defensa

La defensa técnica formula recurso de casación del imputado a tenor de las previsiones del art. 474, inc. 2 del CPP.

Sostiene que el juez de la instancia anterior no se ajustó a las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar la prueba. Cuestiona que ha respondido de forma inmotivada y contradictoria en relación con las declaraciones de la denunciante. Por su parte, entiende que no se han valorado acertadamente las pruebas ni el contexto familiar.

Critica la ponderación efectuada en relación con la testimonial de A. L., hija del acusado y la denunciante, la que –a criterio del recurrente– debe presumirse de «imparcial». Asimismo, se queja de la ponderación de las manifestaciones de C. R., J. L., F. F. A., J. D., P. L., A. L. y, los dichos de la denunciante.

Se queja de la valoración llevada a cabo respecto a las lesiones atribuidas al acusado y pone de resalto las sufridas por el acusado y la denunciante. Refiere en este sentido que la Dra. Brahim señaló que la lesión en la boca de la denunciante «pudo haber sido causada por un apretón contra los dientes», de forma conteste con las declaraciones de Lucero Videla y de D. G. En similar sentido se refiere a las lesiones constatadas en tórax, reclamando la aplicación del in dubio pro reo en favor de su asistido.

Por su parte, entiende que tampoco se ha valorado adecuadamente el testimonio del Dr. Profili y el informe de riesgo del EPI y la declaración de la Lic. Lemos. A criterio del recurrente el juez parcializó cuando analizó conceptos como el de **la «trilogía letal»** o el de **«la luna de miel»**, que son válidos, pero deben ser contextualizados en el caso concreto.

Refiere que, según surge de las pruebas y conforme el sentido común, el caso analizado se explica porque se trata de una familia que arrastra con el mal psicológico de una de sus integrantes circunstancia que surge del contexto probado en autos. Añade que es más razonable pensar –como sostiene la hipótesis defensiva– que por circunstancias internas y/o externas D. G. fue enfermando paulatina y evolutivamente y ello conllevó a la medicación que, cuando faltaba o cuando Lucero pretendía que no se excediera detonaba un episodio por parte de la denunciante y los hechos que se registran desde hace cuatro años.

Así, explica que la noche del hecho D. G. sufrió un episodio y cuando Lucero Videla trató de controlarla ambos cayeron y se golpearon, que esta hipótesis es más razonable que la sostenida por la parte acusadora y por el juez en la sentencia.

El recurrente también formula recurso de inconstitucionalidad y en este sentido considera que se ha violado el principio del debido proceso y de defensa en juicio; concretamente a través de la falta de motivación de la sentencia. Agrega que la sentencia se asienta en lo que sostuvo el Ministerio Público Fiscal, sin tener en cuenta las declaraciones de los testigos, las historias clínicas, la cronología de los hechos ni las testimoniales prestadas, ni siquiera la de la denunciante.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General se expide sobre los recursos presentados, luego de analizar los agravios promovidos y la sentencia cuestionada. Así señala, por un lado, que el recurso casatorio no resulta sustancialmente

procedente, y por el otro, que el recurso de inconstitucionalidad no cumple las condiciones básicas de procedencia a tenor del art. 489 del CPP, por lo que debe ser rechazado formalmente. De tal manera, entiende que corresponde la confirmación de la validez de la sentencia impugnada.

Así, estima que la defensa pone en evidencia su discrepancia con la valoración de las pruebas llevada a cabo por el juez; no obstante, no logra demostrar vicio o falencia en el razonamiento. Agrega que el juez efectuó un análisis global de la prueba rendida en autos y explicó con detalles los motivos por los cuales consideraba que poseía mayor fuerza convictiva la declaración prestada por la víctima en los primeros momentos de la investigación.

Además, expresa que el intento de la denunciante tendiente a minimizar el hecho no se ajusta a la realidad tomando en consideración que el acusado fue condenado en el año 2017 por un hecho de violencia hacia ella. Agrega que posteriormente aquélla radicó dos denuncias, una en el 2018 y otra en el 2019.

Refiere que la «fase de luna de miel» que consideró el juez de sentencia fue un periodo comprendido dentro del denominado ciclo de violencia de género. A su vez, y en relación con las lesiones constatadas, señala que éstas guardan coherencia con la versión expuesta en primer término por la denunciante. De tal manera afirma que el recurso, más que una crítica fundada de la sentencia, refleja la disconformidad de la defensa con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante.

En relación con el recurso de inconstitucionalidad, expresa que la decisión cuestionada por esta vía impugnativa debe haberse pronunciado en forma adversa sobre materia constitucional, circunstancia que no acontece en el caso traído a examen. Por el contrario, el objeto impugnativo sigue siendo la sentencia en cuando condena a su defendido con base en una discrepancia con la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador. De tal manera aconseja el rechazo formal del recurso de inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas considera que deben rechazarse los remedios procesales intentados y convalidar la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados no pueden ser acogidos, por lo que la resolución cuestionada debe ser confirmada. Paso a explicarlo.

De forma preliminar, considero oportuno señalar que no se advierte en la fundamentación de la sentencia cuestionada falencias que impliquen su anulación (LS 153-011; 186-427; 354-218; entre otros).

Por su parte, y en atención al núcleo de análisis de la causa en tratamiento, estimo oportuno recordar algunas consideraciones que he realizado en relación con la valoración de los medios de prueba en el proceso en casos de violencia contra las mujeres.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia

de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «**Galdeano Reyes**» que «[...] *no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género*».

De acuerdo a lo que se explicará, las reflexiones señaladas resultan aplicables al caso. Ello debido que, al momento de fundar la sentencia que cuestiona la defensa, el juez de la instancia previa tomó en consideración aquellas pautas establecidas. Especialmente tuvo en consideración los precedentes de esta Sala para decidir sobre el valor a asignar en aquellos supuestos en que la versión primigenia aportada por la denunciante no coincidía con los dichos vertidos en la audiencia de debate.

Así, el juez de la instancia anterior detalló los dichos de S.M.D.G. al denunciar y consideró que su relato en esa primera oportunidad era «completo, coherente, verosímil». Además, estimó que esa versión encontraba refuerzo en otros elementos de prueba. Entre ellos: el acta de visu de fs. 9 y fotograma de fs. 18; examen físico realizado por la Dra. Brahim del CMF y las lesiones allí constatadas; informe del CEO; el acta de procedimiento de fs. 24; el examen psíquico practicado a Lucero Videla por parte del Dr. Profili del CMF; el informe de valoración de riesgo de violencia física grave realizado a S.M.D.G. por el EPI (fs. 19); la declaración testimonial de la Lic. Lemos –psicóloga del EPI–; la declaración de la Dra. Brahim en audiencia de debate; los dichos del Dr. Profili en debate al ser consultado sobre el informe de fs. 52.

Ahora bien, contrariamente a lo que señala el recurrente, la labor del juzgador no se limitó a detallar las versiones contradictorias de la denunciante y las pruebas que abonarían una u otra visión de los hechos, sino que justificó, con base en las pruebas, los motivos que lo llevaron a inclinarse por una en defecto de la otra. En efecto, el juez calificó a la testimonial brindada por S.M.D.G. en el debate como escueta, redundante, inconsistente, imprecisa, inverosímil y contradictoria; mientras que a los hechos relatados en la denuncia los consideró *«espontáneos, libres, contemporáneos al hecho y –conforme lo manifiesta la Licenciada Lemos– con coherencia y carga emocional»*. A lo que se sumó que eran extensos en detalles y explicaciones, con el aporte de un contexto que le daba sentido. En base a ello concluyó que en el debate S.M.D.G. no respondió de manera lineal y coherente a las preguntas que se le formularon.

A esta conclusión llegó, además, de la valoración de las manifestaciones de la Dra. Brahim, quien examinó la explicación de la víctima en relación al trastorno bipolar y estado de shock que la llevó a sindicar al acusado, constatándola con el informe del EPI, del cual surge que al ser examinada la testigo se encontraba con conciencia lúcida, vigil, orientada en tiempo y espacio. Meritó también que de las declaraciones de las Dras. Falcón y Giagnoni –testimonios ofrecidos por la defensa– no surgía una enfermedad mental en la denunciante. Agregó, además, que los episodios que motivaron la internación de S.M.D.G. ocurrieron en el año 2018 y la condena de Lucero Videla fue el año anterior.

De este modo, el juez destacó que una de las causas más frecuentes de la retractación de las denunciadas en los casos de violencia de género es la ausencia de redes de contención y de ingresos propios por parte de aquéllas. En este sentido, vinculó tal circunstancia con los dichos vertidos por la denunciante de autos en el debate relativos al proyecto de estudios de su hija que quedarían trunca si su padre perdía el trabajo.

Posteriormente el juez analizó adecuadamente las pruebas que, según la defensa, sustentaban su posición en el proceso. En especial, la declaración de S.M.D.G. en audiencia de debate; los dichos de los testigos de descargo C. R., J. L., F. F. A., J. D., P. L., A. L., así como de la Dras. Sofia Lorena Giannoni y Yanina Falcón y las manifestaciones vertidas por el acusado en debate. En relación con las declaraciones de aquellos testigos el juez señaló que sus dichos no aportaban datos trascendentes para esclarecer los hechos, por ser personas con la intención de menoscabar el concepto de S.M.D.G. De tal manera, pese al cuestionamiento formulado por el defensor en el recurso casatorio, entiendo que – tal como señalara el juez de la instancia previa– ninguno de aquellos testigos estuvo presente al momento de los hechos; de manera tal que la ponderación llevada a cabo por el juzgador surge acertada.

Al respecto debe señalarse que la salvedad genérica expuesta por el juez en relación con la calificación de los testigos de descargo no fue obstáculo para que analizase en forma separada la declaración de cada uno de ellos. De tal modo, al examinar los dichos de C. R., el juez refirió que su declaración estaba marcada por contradicciones que detalló (punto ii, a). A idéntica conclusión llegó respecto de J. L., quien en el debate señaló que no estuvo presente al momento del hecho. Similar situación se dio en relación a F. F. A., J. A. D., P. L., A. B. L., la Dra. Sofia Giannoni y la Dra. Yanina Lorena Falcón.

Por su parte, el juez también examinó los dichos de Lucero Videla y descartó la posibilidad de que refutara la prueba cargosa. En este orden destacó que la lesión con una piedra en la nuca que refiriera la denunciante no fue constatada y que los hechos narrados por el acusado no logran explicar las lesiones constatadas en S.M.D.G. Añadió que el supuesto estado de embriaguez de la denunciante alegado por Lucero no fue verificado, ni surgía del procedimiento policial, ni de las actuaciones labradas. Examina el

listado de llamadas efectuadas desde el celular del acusado y explica que el resultado del análisis efectuado por UDAPIF desvirtúa la declaración de aquél.

En definitiva, de la reseña efectuada entiendo que, tal como afirma el Procurador General, los argumentos defensivos no resultan más que la discrepancia del presentante en torno a la valoración de los medios de convicción, sin que se observen las falencias que refiere en su recurso. Contrariamente, considero que la labor de ponderación de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia previa se llevó a cabo de manera acertada y –como señalé– con respeto de los parámetros fijados por este Cuerpo.

Estimo necesario, en atención a las circunstancias que rodean al caso traído a examen y, puesto que en la audiencia oral llevada a cabo el representante del Ministerio Público Fiscal aludió a la retractación de la víctima motivada por carencia de una red de contención familiar y económica, evento también advertido por el juzgador en los fundamentos de la sentencia, reiterar los conceptos vertidos en el **precedente «Buenanueva»** referidos a la violencia económica.

En aquella causa señalé, en términos que entiendo aplicables a la presente que el hecho controvertido se enmarca en un supuesto de **violencia económica** hacia la mujer, que tiene influencia directa en los niños, niñas y adolescentes. Así también en **«Muñoz García», y más recientemente «Rodríguez Ginestra»**, sostuve que *«[...] la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación N° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[!]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas [...]»*. En esa ocasión también entendí que *«[...] la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual»*.

Por otra parte, y en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en primer lugar advierto que tal remedio no fue concedido por el juez de la instancia anterior (ver auto de fecha 22 de junio de 2021) al ser planteado, sin que recibiera cuestionamiento por parte del recurrente, motivo por el cual no corresponde expedirse al respecto.

Sin perjuicio de ello y, en segundo lugar concuerdo que resulta improcedente puesto que no cumple con los parámetros previstos por el art. 489 del CPP. Ello por cuanto el recurrente refiere la vulneración de garantías constitucionales con la reiteración de los vicios casatorios ya tratados. Por los motivos expuestos es que el recurso de inconstitucionalidad no puede ser acogido favorablemente.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración en esta instancia.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere por su voto

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

Comparto la solución a la que arriban mis colegas de sala y considero oportuno referir que del análisis del acto sentencial emerge que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de

valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Zurita**”; entre otros).

Especialmente en “**Ojeda Pérez**” afirmé que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos

normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] *uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables*».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “**Vázquez Tumbarello**”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

Conjuntamente con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Por otro lado y tal como advierte el representante del Ministerio Público Fiscal y señala el ministro preopinante, considero que existen en la presente circunstancias que denotan la existencia de violencia económica y, por ello resultan aplicables a la presente las consideraciones formuladas al respecto en los precedentes “**Casado**” y “**Domínguez**”.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Palermo. Adhiere por su voto

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**», «**Zurita**» y «**Reyes Cortelezzi**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Alberto Osvaldo Lucero Videla y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 7847, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
3. - Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

10. GARAY. 25-08-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcGDE.pdf

Lex: Art. 89, en función del 92 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 4 de la ley 26485. Ley 27499.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas por mantener una relación de pareja en contexto de violencia de género. EPI. Prueba con perspectiva de género. Sana crítica racional. Falta de perito de parte no impide pericia. Audios y videos no peritados: validez como indicios. Falta de ofrecimiento de prueba y de pedido de pericias.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional, mediante sentencia N° 4894, de fecha 23/12/19 en autos P-157218/17.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** señala que el recurso no resulta sustancialmente procedente y debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y confirmar la sentencia del JPC N°2.-

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4894 (23-12-19), pronunciada por el JPC N° 2- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Delamarre Arancibia. 04-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180504_FcDAD.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- LS 153-011.
- LS 186-427.
- LS 354-218.

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y ots. vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-05311872-5/1((018502-157218)) FC/ G. D. E. P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS (157218) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105480413*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05311872-5, caratulada "F. C/G. D. S/CASACIÓN".

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

A fs. 64/73 la defensa técnica de D. E. G. F. promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 4894 de fecha 23 de diciembre de 2.019, obrante a fs. 63 y vta. y sus fundamentos brindados en forma oral, en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, como autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mantener una relación de pareja en contexto de violencia de género (arts. 89, en función del 92 y 80 inc. 1 y 11 del CP, 4 de la ley 26.485).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-157218/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

La sentencia criticada, en lo pertinente para la solución del recurso planteado, consideró acreditados que en fecha 20 de noviembre de 2017, aproximadamente a las 15.15 hs. dentro del domicilio sito en calle Dr. ... número ..., departamento, de la Ciudad de Mendoza, N. B. le propuso a D. E. G., su pareja, una salida. Se produjo una discusión entre ambos, G. tomó a B. de los brazos, comenzó a forcejear con ella, la tiró al piso y le propinó patadas y rodillazos. Luego la tomó de los cabellos y la llevó hasta la habitación donde siguió propinándole golpes de puño en el estómago, cabeza y patadas por todo el cuerpo. A raíz de los golpes B. sufrió múltiples escoriaciones lineales de 0,5 cm. de ancho, y de diferentes longitudes ubicadas, en cara externa de brazo derecho y otras ocho de similares características en cara externa de brazo y antebrazo izquierdo; como también tumefacción de primer dedo de mano izquierda con limitación funcional por dolor.

Para así decidir la jueza de sentencia valoró: las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por N. B., T. G., F. A. N. y A. P.; las de las licenciadas Mariana Chiabrando y Laura Lemos; la declaración prestada por el imputado; como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación de la defensora

La defensora técnica formula recurso de casación del imputado a tenor de las previsiones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

a.- Sostiene que la sentencia puesta en crisis no ha observado las reglas de la sana crítica racional con relación a los elementos probatorios de valor decisivo. Considera que el acto sentencial se apoya en un testimonio que –a su criterio– es falaz y no se condice con el resto de las pruebas, en referencia a la testimonial de Nicol Borda. Explica que su declaración inicial, luego ratificada y ampliada en debate, N. B. afirmó que el 20 de noviembre de 2.017, en horas de la siesta, fue víctima de una golpiza.

Ella consistió en que G. tomó su cabeza, la estalló contra el suelo y le propinó patadas en el cuerpo y numerosos y repetidos golpes de puño en el abdomen.

Formula referencia al examen médico llevado a cabo por el Cuerpo Médico Forense el día del hecho y, señala, que sólo pudieron constatarse como lesiones escoriaciones de 0,5 cm. en cara externa del brazo derecho y en cara externa del brazo y antebrazo izquierdo y tumefacción del primer dedo de mano izquierda. A su criterio tales lesiones constatadas no se condicen con el relato de N. B..

Expresa que su defendido en la Investigación Penal Preparatoria y en el debate explicó que la única acción que tuvo sobre el cuerpo de B. fue sujetarla porque se había abalanzado sobre él para golpearlo e impedirle el egreso de su casa y bloquearle la salida.

Afirmó que no tuvo intención de agredirla físicamente y que lo ocurrido fue producto de un forcejeo. De ello infiere que las lesiones coinciden con lo afirmado por G. y no con lo declarado por B.. Agrega que se ha prestado fundamental validez a videos y audios de producción casera y origen dudoso sin que se les haya sometido a pericia.

Cuestiona que no se pudo controlar el origen ni la veracidad de lo afirmado por B. en relación a los mismos. Expresa que no fueron peritados a fin de constatar que no fueron editados, alterados, conocer su fecha de realización y señala que esa defensa los desconoció.

Expresa que se ha violado el derecho de defensa en juicio ya que al realizar el ofrecimiento de prueba solicitó se girara oficio a la compañía de teléfonos que provee el servicio a G. para que brinde información sobre llamadas entrantes y salientes y mensajes de texto, para acreditar el acoso por parte de B..

Agrega que durante la Investigación Penal Preparatoria reclamó esa prueba, y que se proveyó, pero en el oficio se consignaron erróneamente las fechas que debía comprender. Explica que al realizarse la audiencia de debate pidió se oficiara nuevamente y que, si bien fue proveída afirmativamente por el juzgado, luego fue dejada sin efecto pese a la oposición de la defensa.

Agrega que solicitó peritar el teléfono de G., pero esa medida fue negada bajo el pretexto de que la defensa no contaba con perito de parte para llevar a cabo la misma. Entiende que se ha vulnerado el derecho de defensa puesto que la proposición de perito de parte es facultad de la defensa no una obligación y mucho menos un presupuesto para la realización de cualquier medida probatoria.

Señala que la intención de la defensa era probar el acoso ejercido por B. sobre G.. Cuestiona la relevancia otorgada a los informes del EPI como si estos fueran reveladores de una verdad apodíctica, cuando –a su criterio– carecen de rigor científico y han sido absolutamente parciales. Añade que en la sentencia no se analizó la indagatoria prestada por G. en la audiencia de debate, ni de la prueba aportada por su parte

especialmente las declaraciones testimoniales. Considera que la declaración de G. fue contundente, precisa, clara y veraz por ello la sentencia omite considerarla.

Afirma que los fundamentos de la sentencia son contradictorios, carentes de razón suficiente sobre elementos probatorios determinantes debido a que se ha llevado un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en el expediente.

b.- En otro orden, expresa que en la sentencia se ha aplicado erróneamente el derecho penal sustantivo, en tanto se consideró al acusado autor del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Señala que al alegar solicitó que se desechase la agravante de violencia de género, puesto que no se acreditó bajo ninguna circunstancia la relación desigual de poder y de sometimiento de la mujer respecto del hombre.

Añade que los conflictos en el seno de la pareja no implicaban la existencia de esa relación desigual. Reclama la aplicación del criterio sostenido en la causa **“Delamarre Arancibia”** respecto a la existencia de la violencia de género. Formula referencia al decreto reglamentario de la ley 26.485 para delimitar el concepto de relación desigual de poder. Agrega que de las constancias de la audiencia de debate surge claro que B. no fue víctima jamás de violencia física ni de amenazas por parte de G..

Expresa que, en relación a la violencia física, la única prueba es la declaración de B. y un examen que no se compadece –en relación a las lesiones corroboradas– con el relato efectuado por la denunciante. En tanto que del debate no surge evidencia respecto de violencia psicológica, aun cuando B. pudo haber sido sometida a peritajes psicológicos y no se lo hizo. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 141/143 se expide el Procurador General. Luego de analizar los agravios promovidos y la sentencia cuestionada señala que el recurso no resulta sustancialmente procedente y debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Entiende que la sentencia luce debidamente fundada y en ella se lleva a cabo un **análisis armónico, completo y contextual de todos los elementos existentes**. De tal manera, señala que las manifestaciones de la víctima fueron consideradas apoyadas en los demás elementos existentes, exponiéndose detalladamente los motivos por los cuales así se entendió. Considera que existen otras pruebas que sostienen y acreditan el relato de la víctima, tal como la declaración de un vecino que dijo haber oído pedidos de auxilio y refiriendo el conocimiento de violencia en la pareja.

En relación a los audios y el video, señala que si bien no fueron peritados, resultan indicios. **Alude al informe del EPI** y a que en el caso particular se entrevistó a G. y a B. **de modo tal que las conclusiones de aquel informe resultan asertivas y llevadas a cabo por profesionales dedicadas y especializadas en el tema, por lo que su valor convictivo no puede dejar de ser tenido en cuenta junto al resto del material probatorio**. En relación a la pretensión de la defensa relativa a que no se trata de un caso en contexto de violencia de género, destaca que entre las formas que aquella asume según el art. 3 de la ley 26.485 se encuentra la violencia física.

Considera que el contexto de violencia de género surge de la denuncia de la víctima y del informe elaborado por la Lic. Mariana Chiabrando, puesto que se indagó el contexto en que se estableció la violencia. De allí surge que la víctima describió que las agresiones físicas habían comenzado un año antes y habían ido en aumento, con referencias a la existencia de violencia psicológica.

Por los motivos señalados, aconseja el rechazo del recurso de casación y la convalidación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados no pueden ser acogidos, por lo que la resolución cuestionada debe ser confirmada. Paso a explicarlo.

De forma preliminar he de recordar consideraciones generales en atención a la condición de la víctima para poder examinar la sentencia y los agravios formulados en torno a la valoración de los medios de convicción y el impacto de tal ponderación en la calificación legal. En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Estas consideraciones las entiendo aplicables, en lo pertinente, al presente caso. Esto por cuanto al momento de fundar el acto sentencial la jueza contempló los parámetros establecidos por esta Corte para ponderar los elementos de prueba en relación a delitos llevados a cabo en contextos de violencia de género

En este sentido, considero que la fundamentación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantenerla como acto jurisdiccional válido toda vez que, como anticipé, no advierto en ella falencias que impliquen su anulación. Ello conforme la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido que es necesario para ello que los defectos de la sentencia tengan tal entidad que impliquen ausencia de fundamentos (**LS 153-011; 186-427; 354-218; entre otros**); lo que en el caso en análisis no ocurre. En efecto, de la reproducción audiovisual de los fundamentos brindados por la jueza a quo al momento de dictar sentencia, se desprende que la magistrada analizó el relato efectuado por la denunciante en audiencia de debate y lo halló concordante con diversos elementos que obraban en la causa.

Así, con la primera versión brindada en ocasión de formular denuncia, con las lesiones constatadas en el examen físico llevado a cabo, con el examen llevado a cabo por profesionales del EPI –no sólo respecto de la denunciante sino también de D. G.–, así como también con los dichos de la vecina de B., A. P.. Por último, la jueza indicó como indiciarios los audios aportados por B. y otorgó relevancia al video entregado por aquella en el que se puede ver a G. admitiendo los hechos y pidiendo disculpas por ellos. En este sentido, no procede la crítica de la recurrente en torno a los audios y videos aportados. Al respecto se advierte que aquellos audios, fotos y el video fueron aportados e introducidos al proceso a pocos días de formulada la denuncia.

De manera tal que estuvieron a disposición de las partes, las que –para el supuesto que considerasen necesario para apoyar su hipótesis del caso– podían solicitar medidas probatorias. Por otro lado, advierto que G. al prestar declaración en la Investigación Penal Preparatoria y en el debate dio cuenta de las filmaciones asumiendo su presencia en el lugar, aunque asignando una motivación distinta a sus palabras. Más allá de ello, debe señalarse que aún cuando no se considerara ese elemento a los fines de la acreditación del hecho, lo cierto es que la contundencia de las demás pruebas, sustentan sólidamente la acusación.

Por lo expuesto es que entiendo que la crítica no logra conmover los argumentos que tuvo en consideración la jueza al estimar que los hechos ocurrieron tal como los denunció y relató N. B. y que las lesiones constatadas fueron producidas por G. de la manera en que relató la denunciante. Tampoco concuerdo con el cuestionamiento que hace la recurrente en torno a la falta de producción de la medida de prueba señalada en el recurso. En este sentido cabe señalar que de las constancias de la causa y la reproducción audiovisual del debate se desprende que la defensa acompañó impresiones de capturas de pantalla de mensajes de WhatsApp supuestamente cursados entre B. y G..

Digo esto por cuanto en el debate B. negó haber enviado tales mensajes, señaló que no era su manera de expresarse y alegó que había notado intromisiones en su IP. Ahora bien, en relación a las pruebas que la defensa refiere que no le permitieron producir y que se dirigían a probar el hostigamiento de B. hacia G., entiendo que el extremo que la recurrente pretendía acreditar tampoco logra desmerecer el análisis de los elementos de convicción que llevó a cabo la jueza puesto que concretamente y en forma acertada estimó probado el hecho en base a los medios convictivos arrimados. Tampoco coincido con la crítica que señala la recurrente en relación a que no se valoró la versión de G..

Por el contrario, expresamente la a quo se refirió a los dichos del imputado y señaló que no encontraban apoyo probatorio. Ello en tanto si se contrastan con los dichos de B. podía concluirse que éstos tenían respaldo en los demás medios de convicción arrimados.

De lo expuesto es que considero que no se ha vulnerado el derecho de defensa de D. G. y que tanto éste como su defensa técnica estuvieron en condiciones de controvertir los hechos atribuidos acompañando medios de prueba que consideraran oportunos para sostener la versión del acusado en relación al modo de producción de los hechos atribuidos. En definitiva, de los elementos probatorios obrantes en la causa surge –a mi criterio suficientemente acreditado– que los hechos ocurrieron tal como señaló la jueza al momento de determinar la plataforma fáctica que tuvo por probada. A su vez, la ponderación que llevó a cabo respetó los principios de la sana crítica racional y los parámetros establecidos por este Cuerpo en relación a la valoración en hechos de la naturaleza de los aquí investigados.

En relación al vicio sustantivo invocado por la defensa, concuerdo con lo expresado por el Procurador General en que el encuadre jurídico asignado al hecho que se tuvo por probado resulta adecuado. En este sentido la pretensión de la defensa pasa, por un lado, por considerar no acreditadas las lesiones y, por otro lado, entiende que no se probó el contexto de violencia de género en que la jueza enmarcó el hecho.

De esta manera corresponde el rechazo del vicio sustantivo propuesto, por cuanto el núcleo del agravio así promovido radica en que de una diversa interpretación de los medios de prueba se considere no acreditado el hecho ni el contexto de violencia de género, en tanto que esta Corte tiene dicho que al momento de interponer un vicio iuris el recurrente debe ceñirse a los hechos que se tuvieron por acreditados sin desconocerlos ni modificarlos.

Tampoco acierta la recurrente al considerar que no se acreditó el contexto de violencia de género, entiendo que tal circunstancia surge con claridad de la denuncia de la víctima, validada por los exámenes llevados a cabo, la testimonial de P. y los medios convictivos acompañados –audios y video– que dan cuenta de un escenario de violencia padecido por la denunciante desde un tiempo antes del hecho aquí investigado y que se enmarca en un contexto de violencia de género, no sólo física –como la aquí investigada– sino también psicológica sufrida por B., originada en la relación asimétrica existente entre G. y B..

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración en esta instancia.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto la solución a la que arriban mis colegas de sala y considero oportuno referir que del análisis del acto sentencial emerge que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros**). Especialmente en **“Ojeda Pérez”** afirmé que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (**UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [**ley 26.485**] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)». Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta

precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “**Vázquez Tumbarello**”, la relevancia de la **ley 27.499, denominada «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. Conjuntamente con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de D. E.G. F. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4894, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

11. PINTO. 27-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														26

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcPinto.pdf

Lex: Art. 94, 64 del CP. Art. 26 inc. 4° del CPP.

Vox: Lesiones culposas. Multa. Prisión. Inhabilitación. Extinción de la acción. Pago voluntario de la multa. Principio de oportunidad

Summa:

El **JPC** denegó al señalado la extinción de la acción penal ejercida en autos por el pago voluntario de la multa.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Aranguez Rivera.
- Carabajal Giménez.

Parágrafos destacados.

: "...a) la pena prevista para el delito investigado impide la aplicación de esta causal de extinción penal; b) la conclusión de este proceso mediante la aplicación de un principio de oportunidad no puede tener lugar por no haber sido solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal ni contar con su consentimiento, ni acordada; y c) la jueza a quo ha dado las razones que la condujeron a adoptar la decisión recurrida mediante una fundamentación suficiente y acorde a los parámetros antes expuestos."

Dr. Valerio. Preopinante

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04572685-6/1((018501-4832)) FC/ PINTO PEDRO DIONISIO P/ LESIONES LEVES CULPOSAS (4832) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104655338*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04572687-6/1 caratulada "F. C/ PINTO, PEDRO DIONISIO P/ LESIONES LEVES CULPOSAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Pedro Dionisio Pinto interpone recurso de casación contra la resolución de fs. 14 y vta., mediante la que se denegó la extinción de acción penal ejercida en autos por el pago voluntario de la multa (art. 64 del CP); pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-4.832/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que **«atento a lo solicitado por las partes, entiendo que este modo de extinción de la acción penal [el pago voluntario de la multa] está previsto por el art. 64 para los delitos que están solamente reprimidos por la pena de multa. En el caso particular de las lesiones leves culposas, el delito está reprimido con prisión o multa y conjuntamente con la pena de inhabilitación.**

Asimismo, entiendo que esto resulta ser un principio de oportunidad, y tal como lo ha manifestado el señor fiscal, entiendo que el principio de legalidad y el principio de oportunidad está otorgado como facultad al Ministerio Público Fiscal y en los casos en los que el señor fiscal entiende que debe hacerse lugar al principio de oportunidad, debe ser solicitado por sí mismo.

Entiendo que en el caso particular que nos ocupa, **el señor fiscal ha manifestado su voluntad de continuar con el ejercicio de la acción penal hasta tanto se llegue a una sentencia definitiva, que en caso de certeza negativa, resultará en la absolución del imputado; en caso de duda, también en la absolución del imputado y en caso de certeza positiva, solamente, en una condena en contra del mismo.**

Entiendo que por estos argumentos, debe rechazarse el pedido de la defensa técnica, y entiendo que no ha habido acuerdo, ya que ha manifestado el señor fiscal que su intención era realizar un juicio abreviado en las presentes actuaciones y la señora defensora la posibilidad de la aplicación del art. 64, no habiendo acuerdo en esta audiencia de acusación preliminar del debate correccional, entiendo que lo que

corresponde es el ofrecimiento de prueba, según lo dispuesto por el art. 367 del CPP [...]» (fundamentos, video filmación 7:31/9:17).

2.- El recurso de casación de la defensa de Pedro Dionisio Pinto

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Concretamente considera que el tribunal dejó de aplicar el art. 64 del CP, basándose en una errónea interpretación de esa norma. En ese orden, señala que a su defendido se le atribuye la comisión del delito de lesiones leves ocasionadas a título culposo, que no han ocasionado incapacidad laboral. Expresa que, en función de ello, ese ministerio ejerció la opción que prevé el art. 64 del CP, teniendo en cuenta que el delito endilgado prevé la pena de multa.

Destaca el recurrente que la norma referida contempla el efecto extintivo de la acción por el pago voluntario de la multa sin hacer ningún tipo de distinción. Por ello, denegar su aplicación, introduciendo modificaciones semánticas al texto de la ley mediante distinciones arbitrarias, implica afectar la garantía de legalidad y de igualdad constitucional.

Señala que, si bien la posición del tribunal en cuanto a que el primer párrafo del art. 64 del CP sólo se aplica cuando el delito se encuentre reprimido con multa en forma exclusiva es la sostenida por la doctrina mayoritaria, considera que las nuevas reformas de la ley de fondo obligan a una revisión de esa interpretación doctrinal.

Asimismo, pone de resalto que la interpretación aludida puede resultar contraria al principio de proporcionalidad y que si el pago de la suma de dinero hubiese estado destinado a la presunta víctima se habría provocado el efecto extintivo de la acción que se reclama, tal como expresamente prevé el inciso 6 del artículo 59 del CP.

Finalmente, sostiene que mediante conversaciones con el representante del Ministerio Público Fiscal se propuso finalizar el presente proceso mediante la celebración de un juicio abreviado en el que se impondría la pena de multa, de lo que infiere que lo realmente problemático no es el ámbito de aplicación de la norma, sino que la multa debe ser pagada a título de pena en lugar de conducir a la extinción de la acción penal. En función de ello, considera que el auto impugnado debe ser revocado. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que corresponde rechazar el recurso de casación articulado, en tanto comparte la interpretación dada por el a quo. Así, entiende que resolver en el sentido que pretende la defensa, aun considerando el caso concreto, llevaría a soluciones individuales y hasta arbitrarias, teniendo en cuenta la generalidad de la norma.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los agravios del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de Pedro Dionisio Pinto, conforme se explicará a continuación.

Tal como surge del planteo recursivo, el tema central a dilucidar en esta instancia gira en torno a la procedencia, en el caso concreto, de la extinción de la acción penal por el pago voluntario de la multa y a

la interpretación que en autos se ha efectuado de la norma que regula dicho instituto, es decir, del art. 64 del CP.

A los fines de una más clara exposición, resulta pertinente consignar el hecho objeto del proceso y reseñar tanto la petición que la defensa del acusado efectuó durante la audiencia de acusación como el dictamen emitido por el señor fiscal en relación a aquélla.

En ese orden, los hechos atribuidos a Pedro Dionisio Pinto consistieron en que «el día 12 de junio de 2018, siendo aproximadamente las 08:45 horas, el ciudadano PEDRO DIONISIO PINTO circulaba a bordo y al mando de su vehículo Renault Trafic, dominio WXT-918, se encontraba circulando por calle Salvador Arias de Godoy Cruz con dirección este oeste, cuando realizó un giro a la izquierda para ingresar a calle Chuquisaca hacia el sur en contramano colisionando al vehículo Fiat Uno, dominio FAV-715 conducido por el ciudadano LEONARDO MARTIN BENEGAS el cual circulaba previamente por calle Chuquisaca de sur a norte, causándole lesiones a la menor MILAGROS EVELYN VARGAS la cual estaba siendo transportada por el ciudadano PEDRO DIONISIO PINTO en su vehículo Renault Trafic, dominio WXT-918, constatándosele en virtud del examen físico realizado por personal médico de Cuerpo Médico Forense consistente en excoriación de tres centímetros por un centímetro en rodilla izquierda, equimosis por debajo de la lesión anterior de seis centímetros por tres centímetros y edemas en región frontal de cuatro centímetros cada uno con un tiempo probable de curación menor a un mes» (conforme surge de fs. 1 de estos obrados y de las constancias audiovisuales aludidas).

En la audiencia de acusación ya referida, la letrada defensora expresó que «es[e] Ministerio de la Defensa va a hacer uso de la opción prevista por el art. 64 del CP, es decir, el pago voluntario del mínimo de la multa previsto por el art. 94 del mismo CP por lesiones leves culposas, que sería de mil pesos. Asimismo, y tal como lo establece el [art.] 64 [C.P.], en la segunda parte del inciso primero, en cuanto a la reparación de los daños causados por el delito, igualmente ofrecemos la suma de cuatro mil pesos por las lesiones causadas a la menor; y, asimismo, ofrece el señor Pinto voluntariamente, solicitar, la inhabilitación para conducir vehículos por el término de dos años» (desde minuto 4:43 hasta 5:38 de las constancias audiovisuales).

Seguidamente, de esa solicitud la jueza interviniente corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal, quien se expidió diciendo «el delito que se le atribuye al señor Pinto se encuentra reprimido con pena de **prisión de uno a tres años o con multa de mil a quince mil**. La meritación acerca de la pena a solicitar, en todo caso, pertenece al Ministerio Público. Por lo tanto, yo no voy a prestar conformidad, su señoría, a lo que ha establecido la doctora. Y, por otra parte, la inhabilitación, todos sabemos que el art. 5 la prevé como una pena, que puede ser absoluta, especial o, en algunos casos, [...] para regímenes especiales; es decir que es una pena conjunta. Si bien hay fallos que dicen que se puede establecer como una condición, este Ministerio no la comparte. No debemos olvidarnos, su señoría, que por la nueva Ley de Ministerio Público, la acción penal pública es disponible y el titular es el Ministerio Público. Por eso, entiendo su señoría que no corresponde hacer lugar a lo solicitado, yo no voy a prestar -como titular del Ministerio Público y de la acción penal- conformidad a lo ofrecido por la doctora, y voy a solicitar, su señoría, que se efectúe el ofrecimiento de prueba para llegar a un juicio y, en caso que se acredite que el señor no ha tenido la responsabilidad del hecho que la certeza negativa determine su sobreseimiento, o, en su caso, en caso de existir la certeza positiva que sea condenado» (desde minuto 5:44 hasta minuto

7:30 de las constancias audiovisuales). Consignados los argumentos de las partes, advierto que la jueza a quo ha dado suficientes y adecuadas razones para rechazar la solicitud de la defensa técnica del acusado.

Así, en lo que respecta al trámite que se le ha dado al planteo de extinción de la acción penal por el pago voluntario de multa, entiendo que es el adecuado a la normativa vigente, por lo que no advierto ninguna falencia en tal proceder. Por otra parte, considero oportuno señalar que sólo se extinguirá la acción penal por el pago voluntario de multa en los casos de delitos reprimidos exclusivamente con ese tipo de sanción, tal como sostiene la doctrina y jurisprudencia mayoritaria y ha sido destacado por la jueza de instancia anterior, pero no cuando ella esté prevista de manera conjunta o alternativa con otra pena.

No se desconoce que existe otra posición respecto de la procedencia de esta causal. Conforme a ella, este tipo de extinción procedería incluso respecto de los delitos que también se encuentran reprimidos con pena de prisión, puesto que –según este criterio– la norma no hace ninguna distinción entre los delitos reprimidos únicamente con multa y los que además prevén una pena alternativa, conjunta o accesoria o , como argumentan los recurrentes. No obstante, considero que esa última interpretación de la norma no es la adecuada ni compatible con un sistema acusatorio adversarial de juzgamiento, toda vez que el texto del **art. 64 del CP** sólo hace referencia a la «[l]a acción penal por delito reprimido con multa» y no alude en forma alguna a la concurrencia de otra sanción.

De ello que no puede más que colegirse que esta causal de extinción de la acción penal no resulta aplicable a casos como el traído a consideración de esta instancia donde se investiga la presunta comisión del delito de lesiones leves culposas, puesto que la norma que lo prevé –esto es el art. 94, primer párrafo del CP– establece como sanción la pena de prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años.

Es decir que, más allá de la alternatividad entre prisión o multa, la **pena de inhabilitación** resulta de aplicación ineludible cuando la acción corresponda a una conducta reglada –como en el sub examine al tratarse de la conducción de vehículos automotores–, en virtud de estar conminada de manera conjunta en la norma aludida, por lo que resulta improcedente la aplicación el art. 64 del CP. A su vez, otro argumento que refuerza la posición de la que participo es aquél según el cual en aquéllos delitos como el investigado en autos –donde la previsión de la sanción es compleja, pues en la alternatividad existe una opción de conjunción–, la determinación de la pena a aplicar –esto es la de «prisión e inhabilitación» o «multa e inhabilitación»–, requiere necesariamente la intervención del Ministerio Público Fiscal mediante la realización del juicio adversarial o, en su caso, de uno abreviado si hubiere acuerdo de partes, circunstancia que también obstaculiza la extinción de la acción penal en la forma pretendida sin intervención del Ministerio Público Fiscal, lo que se encuentra conminado con la nulidad absoluta (art. 198, inc. 2 del CPP).

A fin de aportar mayor claridad al tema, corresponde señalar que en aquellos delitos que se encuentran reprimidos sólo con pena de multa –como en el caso de la omisión de auxilio (art. 108 del CP)–, la aplicación de la extinción de la acción penal por el pago voluntario del mínimo o máximo de la sanción establecida –de acuerdo a la etapa procesal que se transite– no importará mayores inconvenientes, obviamente, si se observan las pautas procesales establecidas. En relación con los delitos conminados con pena de prisión o multa de manera alternativa –como en los supuestos de falsa denuncia (art. 245 del CP) o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 y 2 de la Ley 13.944)–, sólo se podrá aplicar la extinción bajo estudio en caso de mediar acuerdo con el fiscal –basado en las particulares circunstancias

del caso y siempre que entienda que la pena a imponer en caso de condena es la de multa– y mediante el procedimiento de juicio abreviado, en el que el acuerdo de partes que lo precede determinará que la pena consistirá en multa y no en prisión.

Así, entonces, en estos casos sólo podrá darse la extinción por el pago de la multa cuando se hubiese acordado con el representante del Ministerio Público Fiscal que ésa será la sanción a imponer si se celebrara el juicio y correspondiera la condena del acusado; y, de ser así, la extinción se perfeccionará con el pago del monto que en aquel acuerdo se pacte y concretado con el juicio abreviado.

Ahora bien, en aquellos delitos respecto de los cuales el Código Penal establece pena de «prisión e inhabilitación» o «multa e inhabilitación» – como en el caso que nos ocupa–, la aplicación de la inhabilitación como pena conjunta es inexorable, ya sea que se opte por la prisión o la multa previstas de modo alternativo.

En virtud de ello, y como se dijo, la causal de extinción que se solicitó aplicar en estos obrados no resulta procedente, puesto que –de admitirse– quedaría pendiente de aplicación la pena de inhabilitación, lo que obstaculizaría la conclusión del proceso mediante esa vía.

Entonces, sólo es posible en estos casos un juicio abreviado o la celebración del debate oral y público.

Por ello, y según dispone el art. 26, inc. 4 del CPP, en los últimos dos supuestos señalados se trata de un criterio de oportunidad. En consecuencia, la pretensión solicitada en favor de Pinto solo es posible mediante la aplicación del principio de oportunidad –como excepción al principio de oficiosidad–, respecto del cual este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones, expresando que es necesario el consentimiento o acuerdo del Ministerio Público Fiscal.

De tal manera, «[e]l razonamiento jurisdiccional para resolver la aplicación de un criterio de oportunidad [...] no puede prescindir como requisito insoslayable de la petición expresa o del asentimiento del representante fiscal» (conf. **“Lemos Guerrero”, “Aranguez Rivera”, “Carabajal Giménez”,** entre otros). En esos precedentes también se sostuvo que es el representante fiscal quien, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de un principio de oportunidad. Por lo tanto, «se convierte en una conditio sine qua non para su procedencia, la propulsiva y activa intervención del acusador público, en su rol de titular del ejercicio de la acción pública, intervención que de ningún modo puede resultar limitada, ni mucho menos sustituida, por la voluntad y participación de los restantes sujetos procesales o interesados» (conf. **“Lemos Guerrero”, “Aranguez Rivera”, “Carabajal Giménez”,** entre otros), tal como razonó la jueza interviniente al resolver la petición defensiva.

En el presente caso, resulta clara la negativa del órgano acusador a prestar su conformidad, puesto que el fiscal interviniente no sólo ha expresado cuál es el criterio interpretativo en relación con lo dispuesto por el art. 64 del CP, sino que ha puesto de manifiesto su voluntad de continuar con el ejercicio de la acción penal hasta el dictado de la sentencia definitiva, ya sea para alcanzar la certeza negativa o positiva, de acuerdo a la prueba legítimamente incorporada. Si bien es cierto que la defensa del acusado no comparte este criterio de interpretación, ello no resulta suficiente para invalidar la decisión del tribunal, basada en una posición, como se anticipó, ampliamente aceptada.

Cabe agregar que son los propios recurrentes quienes expresan que no pretenden que la causal bajo estudio sea aplicada a todas las figuras penales que contemplan el delito de multa en concurrencia con alguna otra especie de pena, sino que su solicitud se circunscribe a las particularidades del caso concreto.

Así, por un lado, refiere que del hecho no se ha derivado ninguna secuela incapacitante y, por el otro, señala que la teoría del caso desarrollada por el Ministerio Público Fiscal ha sido puesta en crisis con la prueba instrumental rendida hasta el momento.

Como se advierte, estas alegaciones tampoco resultan conducentes a la revocación de la solución impugnada, en tanto se fundan en cuestiones propias de la etapa del juicio oral y público y ajenas a la incidencia planteada ante la jueza interviniente en la instancia previa, quien se ha limitado a resolver conforme al criterio asumido en relación a la procedencia de la extinción de la acción penal por el pago voluntario de multa.

Lo mismo cabe referir respecto del argumento casatorio relativo a que de haberse destinado el pago de la suma de dinero a la víctima se habría provocado el efecto extintivo de la acción, de conformidad a lo previsto en el art. 59, inc. 6 del CP, y a que las modificaciones introducidas en esa norma deben influir en la interpretación del art. 64 del CP.

Ello, por cuanto, efectivamente, la aplicación de un criterio de oportunidad por parte del titular de la acción penal pública –incisos 5, 6 y 7 del art. 59 de nuestra ley de fondo y conforme a nuestras normas procesales locales–, «no puede ser decidida de oficio por el juez sin contar con la actividad requirente del agente fiscal, y luego de escuchar a la víctima o damnificado» –tal como se sostuvo en el precedente «Lemos Guerrero»– y sólo puede ser pedido por el representante del Ministerio Público Fiscal, tal como establece expresamente el art. 364 del CPP –según redacción de la ley 9040– .

Teniendo en cuenta además que estos extremos no se verifican en el caso de autos, donde el representante del Ministerio Público Fiscal no sólo no ha solicitado la aplicación de ninguno de estos criterios de oportunidad, sino que –por el contrario– ha manifestado expresamente su voluntad de seguir adelante con el ejercicio de la acción penal, la solicitud de la defensa no podía ni puede prosperar.

En síntesis, considero que la decisión impugnada debe ser convalidada, teniendo en cuenta que: **a) la pena prevista para el delito investigado impide la aplicación de esta causal de extinción penal; b) la conclusión de este proceso mediante la aplicación de un principio de oportunidad no puede tener lugar por no haber sido solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal ni contar con su consentimiento, ni acordada; y c) la jueza a quo ha dado las razones que la condujeron a adoptar la decisión recurrida mediante una fundamentación suficiente y acorde a los parámetros antes expuestos.**

En virtud de ello, el pronunciamiento cuestionado debe ser mantenido como acto procesal válido. Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto.Dr. Palermo. Por sus fundamentos.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con solución a la que llega mi colega preopinante, difiero con los argumentos que conducen a tal conclusión.

Veamos. Tal como se reseñó en el voto precedente, no puede soslayarse que la causal de extinción de la acción penal prevista en el art. 64 del CP ha sido objeto de discusión en doctrina y jurisprudencia en relación a los delitos respecto de los cuales aquélla resulta aplicable.

En ese sentido, se han perfilado dos posiciones. La primera de ellas es la tradicional, conforme la cual sólo se extinguirá la acción penal por el pago voluntario de multa en los casos de delitos reprimidos «exclusivamente» con ese tipo de sanción, y no cuando ella está prevista de manera conjunta o alternativa con otra pena.

La segunda de las corrientes aludidas considera que este tipo de extinción «también» procede respecto de los delitos que se encuentran reprimidos con pena de prisión, toda vez la norma no hace ninguna distinción entre los delitos reprimidos únicamente con multa y los que además prevén una pena alternativa, conjunta o accesoria.

Por ello, para esta postura no corresponde hacer distinciones donde la ley no distingue. Como se advierte, si se tiene en cuenta las posibilidades de sanción establecidas en nuestra ley de fondo y conforme se explicó en el voto que antecede, en aquellos delitos reprimidos sólo con pena de multa la aplicación de esta causal de extinción no ofrece ningún inconveniente.

La cuestión surge en aquellos supuestos en que la pena de multa se encuentra prevista de modo alternativo o conjunto con las penas de prisión o inhabilitación.

Comparto con mi colega preopinante que, en los casos en que la ley haya previsto la alternatividad entre prisión o multa la aplicación de la causal establecida en el art. 64 del CP es procedente, siempre que se acuerde previamente con el titular de la acción pública optar por la segunda de las penas referidas -esto es, la de multa-, puesto que ambas penas pueden sustituirse entre sí, de acuerdo a las particulares circunstancias del caso. Pero difiero en lo señalado respecto de los casos en que se ha previsto la sanción de inhabilitación como pena conjunta a la de prisión o multa.

Según entiendo, en estos casos también resultaría procedente la causal de extinción bajo estudio «sólo» cuando ex ante pueda pronosticarse que no existe necesidad de establecer ese tipo de pena. Lo afirmado precedentemente se funda en que es facultad del representante del Ministerio Público Fiscal, y también del órgano encargado de imponer una sanción, determinar si ésta es o no necesaria, considerando las necesidades preventivas de punición que requiera el caso en concreto como también en los demás fines y principios del derecho penal.

En este sentido, tienen especial relevancia el carácter subsidiario de este último y el principio de ultima ratio, según los cuales sólo se debe recurrir a la pena cuando no se cuenta con un medio menos lesivo. Al respecto cabe agregar que, en casos de gravedad como los sancionados por el art. 84 del CP, no se impone la pena conjunta de inhabilitación de manera imperativa, sino sólo «en su caso», es decir cuando resulta necesaria.

De acuerdo con ello, la expresión «en su caso» prevista en aquélla norma debe ser considerada como una facultad para quien solicite o imponga la pena de inhabilitación, cuando se entienda necesaria la imposición de esta pena de acuerdo a la naturaleza del hecho. Ahora bien, si lo señalado es así en relación con delitos de semejante entidad –homicidios imprudentes–, la misma interpretación corresponde hacer respecto de figuras típicas de menor gravedad, como la prevista en el art. 94 del CP, por aplicación de la analogía in bonam partem y del principio pro persona.

Ahora bien, aclarada mi posición sobre la cuestión vinculada a la procedencia del art. 64 del CP, corresponde a continuación analizar su aplicación al caso bajo estudio. Adelanto desde ya que se impone la respuesta negativa.

En efecto, considero que en la presente causa no concurre un recaudo que estimo ineludible para no aplicar la pena de inhabilitación, debido a la imposibilidad de pronosticar ex ante la necesidad o innecesariedad de esa sanción.

El carácter de conductor calificado que ostentaba el acusado al transportar personas menores de edad desde sus hogares a los establecimientos escolares y viceversa –conforme surge de la acusación ya reseñada– como las demás particularidades del hecho que se le endilga, imponen la necesidad de realización del debate oral y público para dilucidar si es conveniente, o no, imponer una sanción y el carácter de la misma.

En definitiva, considero que, aún cuando en abstracto resulte viable la extinción de la acción penal por pago voluntario de multa en relación al delito previsto en el art. 94 del C.P., en el caso concreto se impone su improcedencia, debido a la imposibilidad de determinar ex ante la necesidad de imponer la pena de inhabilitación.

Por ello, la decisión de la jueza a quo ha sido correcta al denegar la posibilidad de que la presente acción penal se extinga por aplicación del art. 64 del CP. Por lo expuesto, considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada.

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Omar A. Palermo adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pedro Dionisio Pinto y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 14 y vta.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 27 de agosto de 2021.-

12- DE MIGUEL TORTOSA. 10-09-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210910_FcDMT.pdf

Lex: Arts. 89, 80 inc. 11° del CP. Arts. 2, 200, 206, 411 inc. 2, 462 última parte, 474 inc. 1° y 2° del CPP. Arts. 4, 16 y 31 de Ley 26485; Arts. 7 y 8 de CADH, Art. 14.2 de PIDCYP, Art. 16 y 75 inc. 22° de CN.

Vox: VG. Lesiones Leves Dolosas. Agravante de violencia de género. Violencia de Género. Valoración probatoria con perspectiva de género. Nulidad. Estado de necesidad justificante.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **tres meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs.1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación deducido por la defensa técnica de O. L. D. M T y, en consecuencia, confirmó la sentencia N° 3719 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3719, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Aguirre.
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Vázquez Tumbarelli. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega Giménez.

b-CSJN

- Acosta.

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y ots. vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanc%C3%B3n%20de%20los%20responsables

Doctrina citada.

FACIO, Alda, Fries Lorena, “Género y Derecho”, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p.17

SANTIAGO, Alfonso, “Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación”, 1era Edición, Ad. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 67 y ss.

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

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-04883033-6/1((018501-31418)) DE M T, D. M M. P/ LESIONES LEVES (31418) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104967461*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04883033-6/1, caratulada “F. C/ D. M T, O. L. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado O. L. De M T interpone recurso de casación contra la sentencia N° 3.719 (fs. 362/363) y sus fundamentos (fs. 364/370), en cuanto condena al acusado a la pena de tres meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 31.418/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 15 de abril de 2018, aproximadamente a las 19 hs., en el domicilio sito en, O. De M T tomó a M.. M... I. S., su pareja al momento del hecho, fuertemente de los brazos, arrojándola al suelo de rodillas, y luego sobre una cama en la planta alta, tras lo cual se sentó sobre ella, inmovilizándole los brazos, y provocándole hematoma en el codo derecho de 5 cm., equimosis en antebrazo derecho de 1,5 cm. en un numero de dos, equimosis en región costal izquierda de 3 cm., todas con un tiempo de curación e incapacidad laboral menor a un mes». Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, M.. M... I., del Lic. Fabricio Lisandrello, de la Lic. Cinthia Roca y de la Dra. Andrea Brahim; así como el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 37/38 y el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 33.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs.1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo. En primer orden, cuestiona la incorporación al proceso de una grabación realizada –a su entender– de manera ilegal por la supuesta víctima.

En segundo orden, señala una falta de valoración de la prueba en los fundamentos brindados por la jueza de sentencia. Al respecto, señala que la jueza de la instancia previa en su tarea valorativa estableció que una de las hijas del acusado de nombre P., le propinó un golpe a M.. M... I.. Indica que del informe del EPI se desprende que la denunciante había intentado en otra oportunidad suicidarse. Cuestiona que la sentenciante haya concluido que la supuesta víctima en el momento en el que acontecieron los hechos

no haya tenido la misma intención, circunstancia que –a criterio del recurrente– habría obligado a su asistido a sujetar a I. y tirarla en la cama para evitar que ésta se quitara la vida, quedando de esta manera justificada su acción. En este mismo sentido, señala que la jueza sentenciante no valoró las declaraciones testimoniales de los oficiales actuantes, quienes aseguraron que nunca vieron a I. lesionada, pero sí a su asistido De M T. En tercer orden, sostiene que si bien en los delitos enmarcados dentro del contexto de violencia de género no se puede otorgar la suspensión de juicio a prueba, en el presente caso la jueza de la instancia anterior, al dictar la sentencia condenatoria contra su asistido, excluyó el marco de violencia de género, lo que –a criterio de la defensa– permitiría posicionarse en la primera oportunidad y solicitar el beneficio del referido instituto.

En base a lo expuesto, solicita se case la sentencia y se absuelva a su asistido en orden al delito lesiones leves dolosas, y de manera subsidiaria, se aplique el instituto de la suspensión de juicio a prueba.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

En primer término, y con relación con el planteo vinculado a la supuesta incorporación al debate de prueba ilegal, entiende que la mera mención de ello, sin esbozar agravios concretos impide la revisión pretendida.

En segundo término, y vinculado con la tarea valorativa realizada por la jueza de sentencia, sostiene que la sentenciante contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al acusado.

Señala que la prueba colectada fue debidamente valorada en conjunto y con base a la cual la jueza de la instancia previa concluyó que los dichos del acusado resultaban una excusa pueril.

Por último, respecto a la pretensión de la defensa de aplicar el instituto de la suspensión de juicio a prueba, entiende que el planteo resulta extemporáneo e improcedente, ya que lo que se procura evitar con dicho instituto es la realización del juicio.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Ante todo debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, en primer lugar (a), se abordarán los vicios denunciados por el recurrente vinculados a la incorporación legítima de prueba al proceso. En segundo lugar (b), analizaré los argumentos del recurso

según los cuales se canaliza el embate sustancial, esto es, acerca de la subsunción legal de la hipótesis fáctica efectuada por el juzgador, a partir de una valoración diversa de los hechos; aspecto éste en el que, según entiendo, se encuentra entronizado el tema decidendum de la impugnación bajo tratamiento. Por último (c), me referiré al pedido de la defensa a cerca de la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba al presente caso. a.- Sobre pretendida la nulidad de prueba incorporada al proceso Según advierto, el reclamo casatorio de la defensa se asienta esencialmente en cuestionamientos y planteos de nulidad que ya han sido formulados ante la jueza de la instancia previa en oportunidad de celebrarse los actos preliminares de la audiencia de debate. En efecto, en lo relativo a la nulidad de la incorporación al proceso del DVD que contendría una grabación realizada por M.. M... I. relacionada con una conversación que habría mantenido con la nuera del acusado, F. O., fue abordado por la jueza que adecuadamente rechazó el planteo nulificante. Los argumentos para así decidirlo se fundaron, en primer orden, en que la prueba ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de acusación fue admitida en aquella oportunidad. En segundo orden, la jueza de la instancia anterior entendió que la defensa no explicó qué garantía constitucional se conculcó con la incorporación de la prueba cuestionada, como así tampoco explicó el perjuicio concreto que la incorporación de la referida prueba ocasionaba al derecho de defensa del acusado (ver registros audiovisuales, día 10/06/19, a partir del minuto 10:29). Debo señalar los mismos argumentos que fueron planteados en la instancia anterior por la defensa, son reiterados en esta oportunidad. Al respecto, debo decir que comparto, por resultar acertados, los argumentos por los que la jueza rechazó la pretensión de la defensa. De tal manera debe ser desestimado. Aun así, de los fundamentos de la resolución cuestionada se desprende que la jueza de sentencia al momento de enumerar la prueba instrumental incorporada al debate, aclaró que se excluía el DVD ofrecido por el Ministerio Público Fiscal, en tanto el soporte material no fue remitido para ser incorporado al proceso (ver fundamentos, fs. 364 vta.). Por ello, no se advierte el sentido de la impugnación en este aspecto . En este orden cabe recordar, como ya ha dicho esta Corte en otras oportunidades (ver al respecto), que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes. Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re "Acosta", A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). De acuerdo a ello, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404). Con base a lo expuesto, y como adelantara, corresponde desestimar el planteo de nulidad impetrado, en tanto el recurrente no concreta los agravios vinculados a la nulidad que impetra, y no se advierte la vulneración a garantía constitucional alguna. b.- Acerca de la valoración de los elementos de juicio y de la subsunción legal de los hechos investigados En este segundo tramo de revisión, se tratarán los agravios casatorios referidos a la tarea valorativa llevada a cabo por la jueza de sentencia y, como consecuencia de tal actividad, el encuadre legal de la conducta del acusado. En forma preliminar, es preciso aclarar que la defensa concentra sus esfuerzos para que, a partir de una interpretación parcial –y menos gravosa– del evento delictivo, se modifique la calificación legal. Para lo cual presenta a modo de agravios sustanciales, cuestionamientos que, en estricto rigor, reposan en una crítica a la tarea relacionada con la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa. De este modo, la defensa cuestiona que la sentenciante al momento de valorar los hechos desestimara los antecedentes de intentos de suicidio de M.. M... I.,

aspecto que se desprende del informe del EPI, circunstancia aquella que – de acuerdo a lo declarado por el acusado– habría justificado su accionar a fin de evitar que la víctima se quitase la vida. En este sentido, señala que la jueza sentenciante no valoró las declaraciones testimoniales de los oficiales actuantes quienes aseguraron que nunca vieron a I. lesionada, pero sí a su asistido D. M T. Ahora bien, y como adelantara, más allá de los esfuerzos destinados a hacer valer esta versión alternativa de los hechos, considero que la estrategia de la defensa claramente encierra la pretensión de provocar una modificación unilateral y arbitraria de la plataforma fáctica que resultó debidamente demostrada a partir de una correcta valoración de la prueba reunida, y que sólo se justifica en la intención de proponer un encuadre normativo que beneficie a su asistido. A mi modo de ver, de la prueba valorada por la jueza de la instancia anterior surge que la dinámica modal bajo la que se desarrollaron los hechos dista absolutamente de la que propone la defensa. De esta manera comparto con la sentenciante la credibilidad otorgada al testimonio de la víctima, en tanto entendió que la declaración prestada por la denunciante en audiencia de debate fue conteste con la versión de los hechos brindada por ésta hace más de un año ante la ayudante fiscal. Así, entendió que las circunstancias relatadas en estas dos oportunidades se corroboraban con elementos de juicio objetivos, tales como la constatación de lesiones a la víctima por el CMF, las que coincidían con la modalidad del hecho relatado por ésta. Del mismo modo, y vinculado al supuesto intento de suicidio al momento de los hechos alegado por el recurrente, la jueza de sentencia sostuvo que la víctima, si bien reconoció haber transitado con anterioridad este tipo de episodios, aseveró que en esa oportunidad el acusado la lesionó sin mediar estas circunstancias. De esta manera, la sentenciante entendió que tal extremo se encontraba acreditado con el informe del EPI y la declaración testimonial del Lic. Lissandrello de la misma dependencia, quien negó que la denunciante se hubiera querido suicidar en tal oportunidad. Aclaró que si ello hubiese acontecido se hubiera aclarado en el informe, el que fue realizado un día después de acontecido el hecho. Agregó la sentenciante, que la Lic. La Roca, psicóloga particular de la víctima I., declaró en el mismo sentido, y aseguró que de haber existido tal posibilidad por parte de M.. I., hubiera ordenado su internación. Del mismo modo, la sentenciante entendió que las circunstancias alegadas por el acusado no se desprenden del informe de desgrabado del CEO, en tanto el acusado solo refirió tener un problema con su ex pareja. Agregó a ello la jueza que ninguno de los demás llamados que se realizaron a esa dependencia dieron cuenta de un intento de suicidio.

De otra manera, se habrían activado los protocolos previstos para este tipo de situaciones. En otro orden, entiendo que tampoco pueden prosperar los agravios vinculados con que personal policial que acudió al lugar del hecho, no habría observado las supuestas lesiones sufridas por M.. I... Al respecto, la sentenciante sostuvo que «[e]l contenido del acta de procedimiento, refleja el estado de vulnerabilidad en que se encontraba la denunciante».

Además, refirió que «[...] fue el imputado, quien sale al encuentro de la policía, para imponer su versión de los hechos para así justificar la agresión física hacia la misma». Por su parte, aclaró que «[el] personal policial no hubiera observado a la Sra. I. lesionada, en modo alguno implica que las lesiones no hayan existido [...]. [En] la posición en que el personal policial la encuentra, difícilmente iba a observar la lesión en las rodillas, o la lesión en región costal lateral izquierda».

De acuerdo con ello la jueza sentenciante concluyó que «[e]videntemente, tal versión no fue creída tampoco por el personal policial, de lo contrario, se hubiera brindado asistencia médica» (ver fundamentos, fs. 366 vta. y 367 vta.).

Por las consideraciones expuestas, la jueza de la instancia previa concluyó –en razonamiento que comparto– que lo analizado impide tener por acreditada la hipótesis de estado de necesidad justificante, invocado por la defensa en sus conclusiones.

En este sentido sostuvo que «[...] aun cuando se aceptara que hipotéticamente tal situación sucedió, no se justifica la cantidad de lesiones constatadas en pos de socorrer a la denunciante, como tampoco se explica, la cantidad de personas presentes en el lugar sin contener a la Sra. I.» (ver fundamentos, fs. 368). Con base en lo expuesto, entiendo que la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso no encuentran asidero en las constancias de la causa, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada y respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. c.- Consideraciones sobre la valoración probatoria con perspectiva de género y sobre la pretendida aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba La defensa sostiene que la circunstancia de que la jueza de la instancia previa al momento de dictar sentencia condenatoria haya considerado que el hecho no tuvo lugar en un contexto de violencia de género, le permitiría al acusado la posibilidad de solicitar los beneficios de la suspensión de juicio a prueba de manera retroactiva. Al respecto debo señalar que no comparto los argumentos expuestos. En este punto, y más allá de la cuestión relacionada con la oportunidad procesal para solicitar la suspensión del juicio a prueba, lo cierto es que el Ministerio Público Fiscal en sus alegatos acusó al imputado por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar violencia de género. La circunstancia relacionada con que la jueza no considerara acreditada la agravante no autoriza, en modo alguno, a pretender la aplicación retroactiva de la suspensión del juicio a prueba. De tal manera, el solo cambio de la calificación legal, que favorece la posición del acusado, no habilita per se la pretensión de la defensa, en razón que otras circunstancias también deben ser valoradas para su concesión. Por esta razón, el agravio no puede prosperar. Finalmente, no puede dejar de señalar que no comparto la decisión de la magistrada sentenciante vinculada a la falta de acreditación de la agravante del art. 80, inc. 11 del CP. Ello por cuanto, a mi modo de ver, fue adecuado el enfoque de género que se imprimió durante todo el proceso y hasta el momento de formular las partes sus alegatos. En este punto, debo señalar que no obstante los límites impuestos por la *reformatio in peius*, no comparto las apreciaciones formuladas por la sentenciante en tanto entendió que el hecho no tuvo lugar en un contexto de violencia de género. De este modo, según entiendo, debió considerarse que la víctima M.. M... I., a quien la jueza le otorgo credibilidad a sus dichos, refirió –en relación al hecho objeto de conocimiento– que no era la primera vez que sufría violencia física y psicológica por parte del acusado, hechos que comenzaron a partir del año 2012 (ver, a partir del minuto 17:15). En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, M.. Cecilia», entre otros). A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus

relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». En definitiva, –según advierto– la jueza de sentencia debió considerar el marco normativo que define nuevas políticas criminales para este sector vulnerable de la población, al establecer la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer. En esta misma línea, art. 7° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley N° 24.632/96, en su artículo 7, estipula en tal sentido que los Estados Partes convienen en que deben: «b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», «d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad», y «f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos». Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa en el art. 2 que: «Los Estados Partes ...se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación». En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y

medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas [...]» (Recomendación general nº 35). En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género, implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado. En el caso de autos, las declaraciones de la víctima I. en cuanto hizo referencia a anteriores episodios de violencia física y psicológica, fueron corroboradas por la testigo M.. A. A. –ex compañera de trabajo de M.. M... I.– quien aseguró que no era la primera vez que ésta le comentó sobre la violencia física y psicológica que el acusado ejercía sobre su persona, como así también, aseguró que en una oportunidad pudo observar lesiones en el cuerpo de la víctima (ver registro audiovisuales, del día 10/06/19, a partir del minuto 56:25). Del mismo modo, comparto los argumentos con base a los cuales el representante del Ministerio Público Fiscal entendió que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género (ver registros audiovisuales, del día 29/08/19, a partir del minuto 3:18). En este sentido, no debe soslayarse que del informe del EPI se desprende que –además de los indicadores de fragilidad psíquica, dependencia emocional y baja autoestima, entre algunos de los aspectos de la personalidad de la víctima señalados por el Fiscal–, M.. M... I. presentaba un riesgo moderado de violencia física, en virtud del cual se ordenó en relación al acusado la prohibición de acercamiento a la víctima. Por otra parte, me permito realizar algunas observaciones respecto de ciertos razonamientos específicos que la sentenciante formula, toda vez que denotan –en cierta medida– una deficiente comprensión de las estructuras socioculturales de corte patriarcal que son reproductoras de las distintas formas de violencia hacia la mujer. Ello por cuanto –según entiendo– la jueza de la instancia previa consideró la posibilidad de que en el contexto de una relación de pareja puedan coexistir hechos de violencia por razones de género y otros que tengan como causa otras motivaciones. En este sentido, la Jueza de grado sostuvo en relación a un informe psicológico de la víctima presentado por la Licenciada Vilma Jilek –más allá de las aclaraciones sobre su valor probatorio– que «[...] si bien este informe destaca una grave crisis como consecuencia de violencia de género, la detecta dos meses después de acaecido el hecho» (fundamentos, fs. 368 vta.). Al respecto, sostuve en el precedente «Alaniz Pineira» que «para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales». En función de ello, estimé que «los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género. Para ello resulta necesario que el juzgador comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación». Agregué que el concepto de género «[...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales» (Facio, Alda, Fries, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17). Conforme a lo expuesto precedentemente, estimo que la jueza de sentencia no imprimió en su análisis la necesaria perspectiva de género al valorar los distintos

elementos de juicio, es especial, el testimonio brindado por la víctima a quien le otorgó plena credibilidad, incumplimiento de esta manera los compromisos convencionales asumidos en la materia. Ahora bien, estas consideraciones, más allá de la posición aquí sostenida, en función de lo dispuesto por el art. 462, última parte, del CPP no pueden perjudicar la situación procesal del acusado en las presentes actuaciones, por lo que, en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución propuesta por el ministro preopinante expresada en los apartados a) y b) relativos a la pretendida la nulidad de prueba incorporada al proceso y, a la valoración de los elementos de juicio y la subsunción legal de los hechos investigados, respectivamente. En cuanto al primero, resulta manifiestamente evidente la improcedencia del planteo formulado, por cuanto durante el debate no se incorporó la grabación cuestionada y no fue tenida en cuenta ni valorada por la sentenciante. Así, sin perjuicio que es una reiteración, tampoco se expresan los agravios concretos que pudieran indicar la vulneración de derechos o garantías constitucionales. De tal manera, al no cumplir con la condición normativa necesaria para poder instar este tipo de nulidad, esto es, el interés jurídico (art. 200 CPP), corresponde en consecuencia desestimar el planteo de nulidad. También con relación al segundo acápite comparto el análisis y la conclusión del voto preopinante en cuanto a que la sentencia recurrida está suficientemente fundada y respetuosa de las reglas de la valoración de la prueba establecidas por nuestro ordenamiento procesal, ya que de la atenta lectura de los fundamentos se evidencia el pormenorizado análisis por la sentenciante de los elementos probatorios legítimamente incorporados y en los que basa la decisión. Se destaca allí el cotejo y valoración siempre en contexto, con apego estricto a las reglas de la sana crítica (art. 206 CPP) y aplicación correcta de las reglas del recto razonamiento, dando con ello amplio cumplimiento al requisito de exponer concisamente los motivos de hecho y de derecho de sus considerandos y conclusiones (inc. 2 del art. 411 CPP). No obstante, no puedo dejar de señalar que no comparto en su totalidad los argumentos vertidos en el apartado c) del voto preopinante en el que se efectúan «Consideraciones sobre la valoración probatoria con perspectiva de género y sobre la pretendida aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba». En primer lugar debo destacar que el art. 462 CPP determina la competencia del Tribunal, en la causa sub examine, al conocimiento limitado a los puntos a que se refieren los agravios, en los cuales la defensa técnica dirigió sus cuestionamientos no a la valoración probatoria sobre perspectiva de género, sino a que la jueza de la instancia anterior al excluir el hecho del marco de violencia de género el acusado-condenado estaba posicionado por primera vez para solicitar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. Por ello, a mi modo de ver, ese acápite sería más conveniente denominarlo «Sobre la pretensión de poder petitionar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba después de sentencia condenatoria que modifica la calificación impositiva de su solicitud con anterioridad». En función de ello, la valoración sobre perspectiva de género que se introduce resulta un obiter dictum. En este sentido me permito recordar lo que ya he tenido ocasión de señalar respecto a que «[...] todo tribunal en su tarea de revisión (en sentido amplio) debe circunscribirse a su competencia fijada por ley y con el máximo de prudencia; por lo tanto, entiendo que no es conveniente hacer referencia a cuestiones que no tengan vinculación directa o indirecta con la cuestión tratada o con la solución del mismo o, en su caso, que impliquen por su consecuencia influencia para otras causas o tengan un impacto evidente, notorio y nocivo. De acuerdo con ello, todo lo que al respecto se analice y examine por fuera de cuanto resulta pertinente a la solución

del caso bajo examen precisa ser desarrollado y expresado con profunda reflexión, a fin de no perder de vista los alcances casuísticos que de ello pueda derivarse en lo sucesivo. De no ser así, se puede generar la sensación de selectividad de casos o magistrados a criticar» (de mi voto en el precedente «Prieto Franco»). En segundo lugar, y dando tratamiento al agravio formulado por la recurrente que como apartado c) he pre-referido, estimo que, si bien coincido con el análisis formal de la situación jurídica del acusado-condenado, en cuanto a que por la calificación legal otorgada al hecho tenido por acreditado en la sentencia ésa sería la primera oportunidad para solicitarlo, no es menos correcto el argumento del señor Procurador cuando expresa que el instituto de la suspensión del juicio a prueba tiende por finalidad evitar la realización del juicio que, en el caso analizado, ya se hizo. En consecuencia, la interpretación armónica y sistemática de las normas sobre el instituto relacionadas con el resto de las procesales implicadas, impide retrotraer por cuestiones formales el proceso a una etapa previa precluida. En especial, cuando no existen buenas razones fundadas en el principio de justicia, ni tampoco de economía procesal, que habiliten la posibilidad, en esta etapa del proceso, de analizar la pretensión defensiva. Ahora bien, distinto sería el caso si esa pretensión estuviera acompañada por el consentimiento fiscal donde, por ser favorable a la concesión del beneficio, la conveniencia de su otorgamiento debe estar justificado no sólo en razones de política criminal –habilitadas legalmente- y de persecución penal, sino además de justicia. Consentimiento imprescindible como condición necesaria para que el órgano jurisdiccional se expida favorablemente respecto del beneficio. Además, en casos como el aquí analizado, resulta imprescindible que la víctima sea citada y escuchada. Esto último debido a que «[...] no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos» (de mi voto en el precedente «Merlo Lassa»). Ahora bien, en razón de que estas circunstancias que he referido no se verifican en la presente causa, debe desestimarse el agravio de la defensa. En tercer lugar, no puedo dejar de mencionar que si en el tratamiento y conclusiones del apartado b) tenemos como suficientemente fundada y respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba la sentencia recurrida, operaciones realizadas por la jueza de instancia anterior y camino lógico que la llevó a tener por probado el hecho, pero no en contexto de violencia de género, ahora en este obiter dictum no puede válida y jurídicamente afirmarse que en esos mismos fundamentos la jueza no imprimió en su análisis la necesaria perspectiva de género al valorar los distintos elementos de juicio incumpliendo los compromisos convencionales asumidos en la materia, sin que con ello no afectemos seriamente las reglas del recto razonamiento y de la lógica en esta sentencia. En cuarto lugar, si bien no pretendo expedirme sobre la existencia o no de la violencia de género en la causa que nos ocupa –esto por considerar que no es ese el objeto del presente recurso– el extenso desarrollo del voto preopinante en el obiter dictum, me persuade en la necesidad de referirme en cuanto al conocimiento y aplicabilidad del derecho convencional y local por parte de la jueza de la sentencia, la aplicación en el caso de la perspectiva de género y, en especial, a la necesaria aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas en la tarea jurisdiccional de determinar la existencia de los hechos, fuera de toda duda razonable. En el voto preopinante se parte de dos renglones de los argumentos formulados en la sentencia recurrida, más precisamente cuando la jueza de grado expresa, en relación con un informe psicológico de la Licenciada Vilma Jilek de la víctima, que «[...] si bien este informe destaca una grave crisis como consecuencia de violencia de género, la detecta dos meses después de acaecido el hecho», los que descontextualizados llevan a concluir que «Conforme a lo expuesto precedentemente, estimo que la jueza de sentencia no imprimió en su análisis la necesaria perspectiva de género al valorar los distintos

elementos de juicio, es especial, el testimonio brindado por la víctima a quien le otorgó plena credibilidad, incumplimiento de esta manera los compromisos convencionales asumidos en la materia». Disiento de estas reflexiones, en principio, por considerar que en el caso propuesto, como reiterada y coherentemente he expresado, la jueza de la sentencia ha intervenido con adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del debido proceso legal y de la regla legal de la sana crítica racional (art. 206 del CPP), a la vez que ha analizado los hechos y las pruebas desde una perspectiva de género, citando incluso la normativa que se le endilga no aplicar, y brindando la misma un amplio análisis argumentativo y el camino lógico de las razones por las cuales arriba a la conclusión «que valorado tales extremos, el estado de duda insuperable impide afirmar el contexto de género invocado por el Ministerio Público Fiscal»; esto es, la de que los hechos sucedidos en el sub lite no sucedieron en un contexto de violencia de género. Reitero, a riesgo de sobreabundancia, que no me expediré sobre la existencia o no de la violencia de género que se atribuye no haber considerado a la jueza de la sentencia y por la cual se le endilga el incumplimiento de convenciones internacionales. Sólo haré referencia, brevemente, a los argumentos que llevaron a la sentenciante a las conclusiones referidas que, según mi criterio, bastan para advertir su convicción conforme a las reglas de la sana crítica racional y la perspectiva de género aplicable al caso. En este sentido la jueza de la sentencia al analizar las circunstancias de tiempo, lugar, la materialidad del hecho y el modo en que se produjeron las lesiones, pondera la declaración de M.. M... R. I. cuando asevera que no se quiso suicidar, expresando que esto se da «en contraste a la postura defensiva del encartado que intentó enmascarar lo sucedido (haciendo aparecer, ante la llegada a su domicilio del personal policial, como un intento de suicidio que se habría encargado de evitar), para justificar su conducta». La magistrada otorga así credibilidad al testimonio de la víctima, entendiendo que la declaración prestada por la denunciante en la audiencia de debate fue conteste con la versión de los hechos brindada por ésta con anterioridad ante la ayudante fiscal, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima en el desarrollo tanto nacional como en el criterio de la Corte IDH (ver al respecto, Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú»). Posteriormente al análisis conciso, pero suficiente, de las pruebas que le permiten llegar a la convicción que justifica la presente sentencia, donde luego de referirse a que el agravante por el vínculo no será considerado –porque dicha acusación no fue mantenida por el titular de la acción penal (art. 417 quinquies ultima párrafo del CPP)–, la magistrada dedica un apartado específico a la agravante solicitada por la fiscalía, esto es, el contexto de violencia de género. A la hora de analizar si los hechos referidos se enmarcan en un contexto de género, luego de la mención de diversos informes, a los cuales me remito en razón a la brevedad, (fs. 9 y 10 de la sentencia recurrida), agrega refiriendo a los mismos que: «Sin perjuicio de lo informado por los profesionales que oportunamente trataron a la denunciante, en particular lo indicado por la Lic. Jilek, lo cierto es que no se introdujeron a juicio mediante declaración testimonial y no fue reconocida la firma de quienes lo suscribieron». Para inmediatamente expresar: «Frente a ello pondero la declaración de L. en audiencia de debate con la posibilidad de ser interrogado por las partes, quien en forma contundente descartó el contexto de género». Es decir, es suficientemente claro que el punto de partida del mencionado informe, la Lic. Jilek no reconoció firma (el que fuera acompañado por la víctima a la causa). Tampoco declaró durante el debate, lo que hubiera permitido, dentro del debido proceso a las partes interrogar y conocer cuantas veces entrevistó a la denunciante, por cuanto tiempo, que técnicas utilizó y qué elementos tuvo en cuenta para llegar a las conclusiones que expone. En consecuencia, estando en contradicción las partes en las teorías de sus respectivos casos sobre el punto, la jueza valoró legal y legítimamente la prueba en contexto, no sólo

jurídico, sino también relacionada con los otros elementos probatorios, como asimismo, con el momento en que cada profesional entrevistó a la víctima. Efectivamente, no deja de fundar su convicción en la ponderación de la declaración durante el debate del Lic. Lisandrello (profesional del Equipo Profesional Interdisciplinario, EPI) quien realizó el informe de la señora M.. M... R. I. y que, al ser interrogado en el debate, descartó el contexto de género. Agregando la sentenciante respecto a ello en su argumentación, que: «De modo que los informes incorporados, se contrastan no sólo con el informe del EPI sino con la declaración testimonial recibida al Licenciado Lisandrello. Claramente indicó en su deposición, que las lesiones, no habrían sido llevadas a cabo en contexto de género, y por otra parte, tal ponderación fue realizada, al momento que se investigó el hecho bajo juzgamiento. Ello guarda relación con el mismo informe de fs. 37/38, al que hizo alusión el Ministerio Fiscal, y que da cuenta, de una simetría relacional, donde existe una representación mutua del poder en la pareja». Surge evidente el camino lógico de cotejo y valoración contextualizada entre los informes que sobre el punto de la violencia de género son contrapuestos, entre un informe escrito (sin reconocimiento de firma) de la Lic. Jilek, realizados dos meses después de ocurrido el hecho y el del Lic. Lisandrello realizado momentos después del hecho. A continuación, la sentenciante concluyó que, atento estas circunstancias, a su criterio no se configuraban los elementos que requiere la ley 26.485, ya que «la misma a hace referencia a una relación desigual de poder, circunstancia que no ha sido acreditada con la certeza requerida en este estadio procesal, como tampoco, que las lesiones, concretamente respondan a la condición de mujer de la denunciante». Finalmente la jueza argumentó: «La importancia del testimonio del Licenciado Lisandrello, como del informe del EPI responde a la destacada formación profesional del integrante del Equipo Profesional interdisciplinario, sumado, a la abultada experiencia en este ámbito específico, recordemos, que la cantidad y calidad de los informes dados por el citado profesional, en el ámbito de violencia de género, acreditan su experiencia en el ámbito a la hora de evaluar ciertos extremos en las relaciones de pareja. Por otra parte, es el Ministerio Fiscal, el que a la hora de merituar la violencia de género, cita al informe referido. Por lo que valorado tales extremos, el estado de duda insuperable impide afirmar el contexto de género invocado por el Ministerio Público Fiscal», dando razones del por qué no se puede dejar de lado la declaración del Lic. Lisandrello, dada su aquilatada experiencia que, por supuesto, por ser su testimonio un elemento de prueba ofrecido por la parte acusadora, no existen motivos válidos para sospechar sobre sus conclusiones. Pero aún así, la jueza expresó que estaba en un estado de duda insuperable y que como lo indican los arts. 2 y 408 del CPP, en esa situación jurídica debía estar a lo más favorable al acusado. Es por este análisis y la amplia fundamentación llevada a cabo por la sentenciante, –basada fundamentalmente en el criterio especializado de los profesionales del EPI– que, a mi entender, aquélla ha obrado con la debida diligencia requerida para el caso, y ha arribado a la conclusión basando su convicción –como reiteradamente he expresado– en los criterios de la sana crítica racional, con el respeto de los estándares nacionales e internacionales en la materia. Cabe también señalar aquí, que dichos estándares son una guía que debe iluminar el quehacer judicial, implicando una construcción constante de consenso en cuanto a las buenas prácticas que deben regir en la materia de los derechos de las mujeres y los derechos humanos en general. En este sentido, bien se ha dicho que «[n]o hay soluciones convencionales únicas, claras y distintas para cada una de las problemáticas que plantea la protección y armonización de los derechos humanos. Es legítimo y muy positivo adoptar diversas soluciones acordes a las propias realidades nacionales de cada Estado» y agrega, con cita de Sagüés que «[...] es bueno comprender las realidades jurídicas económicas y sociales de cada país y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, cada terreno

concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional» (SANTIAGO, Alfonso, “Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación”, 1era Edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 67 y ss.). A este respecto, si bien coincido ampliamente en que en los contextos de violencia contra las mujeres los magistrados debemos aplicar los estándares referidos por mi colega preopinante en su fundamentación, es preciso señalar también que, es la existencia de asimetrías de poder que devienen de la estructura patriarcal o más aún, la existencia de la violencia de género, las que ameritan la necesidad de aplicarlos. Al respecto, estimo importante destacar lo que en anteriores pronunciamientos he señalado sobre el fenómeno de la violencia de género y de la valoración probatoria desde una perspectiva que lo tenga en cuenta. En especial en el precedente «Ojeda Pérez» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). De tal manera, y como ha destacado la Sala Primera de esta Suprema Corte de Justicia ha destacado juzgar con «perspectiva de género» consiste «en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente, ello a los efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de 'categorías sospechosas' (sospechosas de sufrir discriminación) al momento de repartir el concepto de la carga probatoria, como cuando nos encontramos frente a mujeres, niños, grupos LGTBTI y personas con discapacidad”. (MACHADO, Claudia A. - “Cuando las nuevas configuraciones de la violencia de género exigen respuestas judiciales adecuadas” - Publicado en: DFyP 2019 (marzo) , 169 - Cita Online: AR/DOC/2160/2018)» (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, sentencia del 27 de diciembre de 2019, «Aguirre», LS 602-057). Señalé también en el precedente «Ojeda Pérez» que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos,

que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)». En este punto, y con este conocimiento acabado de la problemática que implica el flagelo de la violencia contra las mujeres, es importante destacar lo que ya he dicho en el precedente «Di Cesare Melli» en cuanto a que «una interpretación sistemática exige descartar que la muerte de una mujer causada por un hombre, en cualquier circunstancia, configure de por sí el tipo calificado de homicidio previsto en el art. 80 inc. 11 del CP». En un sentido análogo, teniendo en cuenta que se trata de una figura también susceptible de enmarcarse en un contexto de violencia de género, pero en consideración que el analizado se trata de un hecho de mucho menor gravedad –en tanto se le atribuyó al acusado el ocasionar lesiones leves a la víctima– entiendo que aquella reflexión es válida en tanto y en cuanto, la desigualdad de poder basada en el género de la víctima o la violencia de género, debe resultar del material probatorio incorporado a la causa, y que, es este último, el que finalmente sostendrá la convicción del juez sobre su existencia. En base a lo expuesto hasta el momento, considero que la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundamentada en base a las pruebas incorporadas legítimamente al debate, de las que no surgió para la jueza de la instancia previa certeza que las lesiones cometidas por el acusado lo hayan sido en un contexto de género ni asimetría de poder en la pareja. Tan así es ello que el representante del Ministerio Público Fiscal, que había acusado por la agravante del art. 80, inc. 11 del CP en función del art. 92 del CP, no recurrió la sentencia, circunstancia que, junto a las razones antes brindadas, verificaría el acierto de los argumentos de la jueza. Por último, resta destacar que la vigencia del principio acusatorio para la legitimación de todo proceso penal y el resguardo del derecho de defensa en juicio ante cualquier imprevisibilidad que pueda vulnerarlo, ha sido garantizado plenamente en la sentencia, conforme la acusación y las pruebas en que se funda. El abordaje de la prueba con perspectiva de género importa, como ya he referido en numerosos pronunciamientos, la debida valoración en contexto (ver al respecto mis votos en los precedentes «Cruz Caporiccio»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros), asegurando la igualdad respecto de la víctima –art. 7 de la Constitución de Mendoza y art. 16 de la Constitución Nacional–. Así, es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio, pero ello de ninguna manera significa avanzar más allá del principio según el cual en caso de duda no es posible condenar a una persona –in dubio pro reo– establecido por el art. 2 del CPP. En este sentido, debe recordarse que Corte de Justicia de la Nación ha señalado que «[...] cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme» (Fallos 321:3630) y que «[...] A ello se agrega lo establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional por el artículo 75, inc. 22, con la máxima jerarquía normativa, expresamente establece que "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En una formulación equivalente, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que cuenta con la misma jerarquía, determina que "[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Como directa consecuencia de la garantía constitucional en juego, esta Corte ha dejado sin efecto decisiones

que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad del acusado a partir de pruebas concordantes (Fallos: 329:5628, "M"), habiéndose precisado, también, que en función del principio del in dubio pro reo cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva (ver mutatis mutandis Fallos: 329: 6019, "Vega Giménez")» (Fallos 339:1493). Por las razones expuestas considero que corresponder responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de O. L. D. M T y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 3719 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. O. A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de septiembre de 2021.-

13. POLONI. 02-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC IE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf

Lex: Art. 90, 54 y 94, 1° párrafo del CP.

Vox: Lesiones leves culposas. Lesiones graves culposas. Riesgo prohibido. Resultado. Concurrencia de culpas. Autopuesta en peligro de la víctima. Actuación a propio riesgo de la víctima en el nivel del tipo objetivo. Principio de culpabilidad por el hecho.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de un **año y cuatro meses de prisión condicional y dos años y cuatro meses de inhabilitación especial** para conducir automotores como autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves en concurso ideal con lesiones culposas leves (art. 94 bis, primer párrafo, en función del art. 90, 54 y 94, 1° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7801, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Parágrafos destacados

“En el nivel del tipo objetivo, la teoría de la imputación objetiva, postula analizar el suceso lesivo como un evento que tolera una panorámica de explicaciones diversas. Así, el hecho puede **ser competencia del autor** –identifiquémoslo a efectos expositivos con el ejecutor material–, **competencia de la víctima**, **competencia de la actuación de un tercero** por el cual el autor no debe responder o, producto de una **desgracia**. Estos cuatro factores pueden combinarse. La defensa acierta al postular que la (in)corrección del comportamiento del padre de las víctimas debe tener un lugar en la solución del caso. Sin embargo, yerra al sostener que este lugar debe ser el tipo objetivo, al mismo tiempo que yerra al identificar al padre como ‘víctima’. En verdad, si las cosas fueran como propone la defensa, el padre de los niños debería responder a título de autor de las lesiones experimentadas por sus hijos con base en la infracción de un deber de cuidado derivado de su posición de garantía institucional. Entonces, a los efectos de responder al agravio defensivo conviene dejar en claro tres puntos. Primero, si el hecho lesivo se explica, en parte, por el comportamiento de las víctimas, de un tercero o de la desgracia, esto debe tener un lugar en la **solución del caso**. Segundo, la co-competencia respecto de la producción del hecho lesivo, puede tener lugar **en el plano del tipo objetivo o en el plano de la culpabilidad**. Tercero, en el caso concreto, no estamos ante un comportamiento arriesgado de las víctimas, niños no autorresponsables, sino de un tercero por el que el autor no debe responder: el padre...”

“...Sin embargo, considero que el tema sometido a discusión por la defensa técnica ya ha sido tratado bajo el título de “**concurrencia de culpas**”, la cual en el ámbito del Derecho penal, como es sabido, no encuentra lugar. Dicho de otro modo, la culpa de la víctima o de un tercero no excluye la culpa del autor,

cuando se ha verificado un comportamiento prohibido que ha causado un resultado lesivo en el mundo exterior...”.

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

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-05728480-8/1((018602-628)) FC/ POLONI RIVAS, MAXIMILIANO JESUS (628) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105913693*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05728480-8/1, caratulada "F. C/ POLONI RIVAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica de Maximiliano Jesús Poloni Rivas interpone recurso de casación (fs. 70/72) contra la sentencia de fs. 60 y vta. y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de un año y cuatro meses de prisión condicional y dos años y cuatro meses de inhabilitación especial para conducir automotores como autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves en concurso ideal con lesiones culposas leves (art. 94 bis, primer párrafo, en función del art. 90, 54 y 94, primer párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 26 de enero del 2020, siendo aproximadamente las 09:25 hs., Maximiliano Jesús Poloni Rivas conducía un automotor marca Peugeot 308, dominio PQJ-238, por Ruta Nacional 40, aproximadamente a 500 mts. al norte de la rotonda de ingreso al Parque Industrial del Borbollón, Las Heras, en dirección norte a sur, en estado de alcoholización, teniendo una cantidad de 1.90 gramos de alcohol en sangre, ello en violación a lo dispuesto por la ley de tránsito provincial N° 9024. En tales circunstancias, perdió el dominio del vehículo y colisionó contra un automotor marca Peugeot 206, dominio LFV-917, que estaba estacionado en la banquina oeste de la ruta ya descrita con su frente a hacia el sur, y en su interior se encontraban los menores de edad Manrique Oro, Mariano Alfredo y Manrique Oro, Omar Darío. A raíz del impacto, este vehículo fue desplazado en sentido horario y volcó sobre su sector izquierdo en el interior de un canal próximo al lugar, lo cual provocó en el menor Omar Darío Manrique Oro una placa excoriativa en región externa de pierna y rodilla izquierda de 12 x 5 cm, una excoriación en región dorsal derecha de 5 x 3 cm, una exoriación en mentón de 1 cm de diámetro, una venopuntura izquierda con un tiempo probable de curación e inutilidad laboral menor a un mes, y en el menor Mariano Alfredo Manrique Oro, una excoriación en miembro superior izquierdo, una equimosis violácea en flanco derecho de 6 cm de diámetro, una excoriación en cadera derecha, una excoriación en

miembro inferior izquierdo, una venopuntura derecha, y yeso en bota corta en pie izquierdo con un tiempo probable de curación e inutilidad laboral mayor a un mes» (fs. 63).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de Omar Alfredo Manrique, Romina Oro y Agustín Aldalla, el resultado del dosaje de alcohol practicado a cada uno de los conductores, los informes presentados por el personal perteneciente a Accidentología Vial de la Municipalidad de Las Heras, los exámenes físicos practicados a las víctimas, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Calderón Rearte considera que la resolución referida padece vicios in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474, inc. 2 de la ley de rito. El recurrente sostiene que se habría interrumpido la imputación del resultado en el nivel del tipo objetivo con base en el comportamiento antirreglamentario de la víctima, lo que repercutiría en la calificación del hecho como lesiones culposas y conduciría a la absolución del acusado. En esta línea, advierte que, si bien el acusado generó un riesgo no permitido al conducir bajo los efectos del alcohol, el conductor del vehículo en el que circulaban los niños tenía prohibido detenerse en la banquina. De este modo, no podría responsabilizarse a su defendido por el resultado de lesiones sufridas por las víctimas, el cual se explicaría por el comportamiento antirreglamentario de su progenitor. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se presenta a fs. 81/82 y, al dictaminar, entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de casación analizado, debiendo convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada. Después de referirse a los antecedentes del legajo, la procedencia formal del recurso y resumir los agravios de la defensa, el titular del Ministerio Público Fiscal contesta el agravio supra referido. Así, rechaza la idea de que haya existido una interrupción de la imputación del resultado lesiones al comportamiento antirreglamentario de Maximiliano Poloni. En esta línea, argumenta que la conducción bajo los efectos del alcohol fue un factor de riesgo jurídicamente desaprobado determinante para la realización del resultado dañoso, en concreto, las lesiones de los niños. Concluye que el intento esbozado por la defensa puede reducirse a cargar toda la culpa de las lesiones de los niños en el actuar de su progenitor, desligando injustificadamente toda responsabilidad al acusado, lo cual es insostenible a la luz de la prueba obrante en la causa y los avances recientes alcanzados por la teoría del delito.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el rechazo de aquél y, en consecuencia, debe convalidarse la sentencia recurrida en su totalidad. La defensa no cuestiona la plataforma fáctica del hecho imputado o el derecho aplicado al caso, pero plantea una pregunta sobre el lugar que tiene en la solución del caso el comportamiento arriesgado del padre de los niños.

Aunque no pone en tela de juicio el carácter antirreglamentario del comportamiento del acusado o del progenitor de las víctimas, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el hecho, el recurrente entiende que al encontrarse estacionado el automóvil en el que se desplazaban los niños

Mariano Manrique y Omar Manrique en un lugar prohibido, las lesiones sufridas por estos últimos, no podrían ser atribuidas a Maximiliano Poloni.

En este sentido, alega que, si bien Maximiliano Poloni **generó un riesgo no permitido** al conducir bajo los efectos del alcohol, el conductor del vehículo en el que circulaban los niños tenía prohibido detenerse en la banquina, con base en lo prescripto por los arts. 50, inc. c); 52; 54 y 62 de la ley provincial de tránsito. Así, la defensa refiere que «si bien en principio existió una conducta riesgosa por parte de Poloni, dicho riesgo no conduce al resultado lesivo de las víctimas y, por lo tanto, no hay tipicidad objetiva, en otras palabras, Poloni no es responsable por el resultado de la colisión de ambos vehículos» (f. 71 vta.).

Dicho esto, surge del recurso incoado que la defensa centra su atención en las implicaciones sistemáticas de lo que la doctrina denomina **«autopuesta en peligro de la víctima»** o **«actuación a propio riesgo de la víctima»** en el nivel del tipo objetivo.

Según su toma de postura, en el caso en análisis se habría interrumpido la imputación del resultado, pues este se habría producido –dicho en lenguaje coloquial– por la culpa de la víctima. Con todo, omite considerar que la competencia de un tercero en relación con la producción del resultado no siempre encuentra lugar en el nivel del tipo objetivo excluyendo la responsabilidad del autor, sino que, dado el caso, puede repercutir en el nivel de la culpabilidad.

Me refiero a la posibilidad de disminuir la pena al no existir necesidad de refutar el hecho de un modo drástico por, explicarse este, en parte, por el comportamiento del propio titular de la posición jurídica protegida.

En el nivel del tipo objetivo, la teoría de la imputación objetiva, postula analizar el suceso lesivo como un evento que tolera una panorámica de explicaciones diversas.

Así, el hecho puede **ser competencia del autor** –identifiquémoslo a efectos expositivos con el ejecutor material–, competencia de la víctima, competencia de la actuación de un tercero por el cual el autor no debe responder o, producto de una desgracia. Estos cuatro factores pueden combinarse.

La defensa acierta al postular que la (in)corrección del comportamiento del padre de las víctimas debe tener un lugar en la solución del caso.

Sin embargo, yerra al sostener que este lugar debe ser el tipo objetivo, al mismo tiempo que yerra al identificar al padre como ‘víctima’.

En verdad, si las cosas fueran como propone la defensa, el padre de los niños debería responder a título de autor de las lesiones experimentadas por sus hijos con base en la infracción de un deber de cuidado derivado de su posición de garantía institucional.

Entonces, a los efectos de responder al agravio defensivo conviene dejar en claro tres puntos. Primero, si el hecho lesivo se explica, en parte, por el comportamiento de las víctimas, de un tercero o de la desgracia, esto debe tener un lugar en la solución del caso.

Segundo, la co-competencia respecto de la producción del hecho lesivo, puede tener lugar en el plano del tipo objetivo o en el plano de la culpabilidad.

Tercero, en el caso concreto, no estamos ante un comportamiento arriesgado de las víctimas, niños no autorresponsables, sino de un tercero por el que el autor no debe responder: el padre.

Bien, sentados estos puntos, entonces, corresponde analizar a la luz de las constancias obrantes en la causa y el desarrollo de los argumentos del a quo, cuál es el lugar que debe tener en la solución del caso el comportamiento antirreglamentario del padre.

Preliminarmente, corresponde descartar que el **comportamiento antirreglamentario** del padre de las víctimas interrumpa la imputación del resultado en el plano del tipo objetivo.

Para que esto sea así, el resultado se **debe explicar completa o predominantemente** como obra de la víctima, el tercero o el azar.

Ejemplos. Interrumpe la imputación del resultado.

Por tomar ejemplos simplificados: el **comportamiento de la víctima** explica predominantemente el caso del peatón suicida que, para terminar con su vida, se arroja debajo de un coche que transita con una luz de posición apagada; el **comportamiento de un tercero** por el que el autor no debe responder, explica completamente el caso de quien alquila un automóvil, no revisa el correcto funcionamiento de los frenos y acaba atropellando a un peatón, cuestión que es exclusiva competencia del mecánico; **la desgracia o el azar** interrumpe la imputación del resultado muerte del peatón que después de ser atropellado y lesionado levemente, es trasladado por una ambulancia que en el trayecto al hospital es alcanzada por un rayo. Dada la arquitectura del hecho que ha sido probada, esto no puede afirmarse.

Por el contrario, en verdad **el resultado se explica suficientemente por la conducción bajo los efectos del alcohol** del acusado (casi 2 gr/l sangre).

En efecto, el radio de protección de la norma –qué podría formularse como ‘no conduzcas ebrio’– busca prevenir daños físicos para las posiciones jurídicas protegidas (desde la propia vida, vidas ajenas, propiedad privada, etc.).

De este modo, el resultado lesivo experimentado por los niños no emerge como algo ajeno a las previsiones de la norma.

Y la argumentación contrafáctica relativa a que si el vehículo no se hubiese encontrado estacionado en la banquina antirreglamentariamente no se hubiese producido el resultado tampoco es válida.

En efecto, detrás de este planteamiento se esconde un recurso al método de la supresión mental hipotética en tanto recurso teórico de la teoría de la equivalencia de las condiciones que, como es sabido, actualmente tolera, en la teoría de la imputación, una crítica fulminante respecto de su potencial para explicar normativamente el delito.

La causalidad importa, incluso la hipotética, pero no es suficiente si no se interpreta a la luz de criterios normativos.

Ahora bien, que dadas las aristas de este caso no estemos en condiciones de afirmar la interrupción de la imputación del resultado lesivo a Maximiliano Poloni, tal como lo ha entendido el juez sentenciante, ello no implica que el comportamiento antirreglamentario del garante de impedir lesiones para las posiciones jurídicas a su cargo.

En efecto, un padre prudente que traslada a sus hijos consigo debe respetar estrictamente la reglamentación vial para no exponer a sus hijos a riesgos derivados de una conducción prohibida.

Y, si bien este dato no excluye la imputación del resultado en el nivel del tipo objetivo, si tiene un lugar en el **nivel de la culpabilidad**.

Como dije, que el hecho se explique en un grado menor por la desgracia, un tercero por el que el autor no debe responder o la víctima, son circunstancias que repercuten en la necesidad de pena.

Me refiero a que, en estos casos, el **principio de culpabilidad por el hecho** impone que la lesión no se cobre a exclusiva cuenta del autor, pues el delito no le pertenece como su exclusiva obra. Y si esto es así, entonces al momento de individualizar la pena se deberá considerar que no es necesario refutar el hecho con tanta drasticidad.

Analizada la sentencia, se advierte que, en sus consideraciones, el juez sentenciante, con cita a doctrina especializada, advierte que mientras mayor sea el injusto del hecho, mayor debe ser el reproche en el nivel de la culpabilidad.

Acto seguido, valora el significativo estado de ebriedad que presentaba el acusado al momento del hecho como circunstancia agravante de la culpabilidad y como circunstancia atenuante «el hecho de que la conducta antirreglamentaria del señor Manrique estacionándose sobre la banquina contribuyó en alguna medida a la consumación del accidente» (f. 66).

De este modo, no permaneció fuera del análisis del caso el comportamiento antirreglamentario del padre de las víctimas y fue correctamente ubicado en el nivel de la culpabilidad como una circunstancia que influye en el contenido de injusto y repercute en la necesidad de pena requerida al efecto de refutar el sentido del comportamiento imprudente.

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto el resultado que postula el voto preoponiente.

Sin embargo, considero que el tema sometido a discusión por la defensa técnica ya ha sido tratado bajo el título de “**conurrencia de culpas**”, la cual en el ámbito del Derecho penal, como es sabido, no encuentra lugar. Dicho de otro modo, la culpa de la víctima o de un tercero no excluye la culpa del autor, cuando se ha verificado un comportamiento prohibido que ha causado un resultado lesivo en el mundo exterior.

Así, en el caso de autos se advierte un comportamiento antirreglamentario al verificarse la conducción bajo los efectos del alcohol que le ha causado lesiones leves y graves a dos niños, respectivamente. Frente a ello, el comportamiento antirreglamentario del padre de las víctimas en nada modifica la atribución del resultado a Maximiliano Poloni.

Este temperamento es correctamente plasmado por el juez de la instancia previa a fs. 65 vta. cuando sostiene que «el imputado tenía conocimiento de que la acción prohibida era evitable desde un punto de

vista objetivo, como sujeto consciente de sus actos. Cualquier individuo sabe que conducir es una actividad de riesgo, que éste se incrementa con el incumplimiento de las reglas de tránsito y que está prohibido conducir automotores en estado de embriaguez [...]. En definitiva, nos encontramos frente a una persona que ha realizado una acción culposa, que también es atribuible en el plano de la antijuridicidad, en virtud de no existir ninguna causa de justificación que lo ampare, así como reprochable desde el punto de vista de la culpabilidad».

De acuerdo a ello, la pretensión de la defensa no puede ser de recibo en esta instancia toda vez que el resultado lesivo objeto del presente proceso encuentra debida explicación en el comportamiento del acusado.

Por las razones expuestas, considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 70/72 por la defensa de Maximiliano Jesús Poloni Rivas y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 60 y vta.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

14. AGUERO. 15-09-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf

Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°; 55, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 10 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género. Amenazas agravadas por uso de arma. Privación ilegítima de la libertad cometida en contexto de violencia de género. Detención domiciliaria.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena **un año de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. Aduce que en el juicio abreviado se acordó la pena, pero no así la modalidad de cumplimiento.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7.801, pronunciada por el JPC N°1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Olivares Gómez. 02-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210702_FcOGC.pdf
- Vera Morales. 06-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf

b- CSJN

- 306:262
- 314:451.
- 314:791.
- 321:1328
- 322:1605.

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

(H. Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05748047-9/1((018501-32978)) F. C/ A. O. D. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR HABER MEDIADO RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA TODO EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (32978/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN *105931796*

En Mendoza, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05748047-9/1 caratulada “F. C/ A., O. D. P/LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR HABER MEDIADO RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA TODO EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/CASACIÓN”.

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

La defensa técnica del imputado O. D. A. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 7.801 de fecha 7 de mayo de 2021 y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo e imposición de costas. Esto por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por haber mediado relación de pareja y por mediar violencia de género, en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-32.978/21 (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 149 bis párr. 1 supuesto 2 del CP); y, también autor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad cometida en contexto de violencia de género que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-716.791/19 (art. 141 del CP y art. 4 de la ley 26.485).

En el mismo pronunciamiento, se resolvió revocar la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia N° 3.234 en fecha 8 de agosto de 2019, recaída en el marco de los autos N° P-26.191/19, unificándose composicionalmente ambas condenas en la pena única de un año de prisión de cumplimiento efectivo.

El fallo impugnado fue pronunciado por el Primer Juzgado Penal de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos referenciados precedentemente. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la prueba obrante en las respectivas causas seguidas a instancia fiscal contra el acusado de autos acreditaba, más allá de toda duda razonable, la concurrencia material de los hechos objeto de los respectivos procesos, así como la responsabilidad penal de A. en los mismos (ver registros audiovisuales, audiencia de fecha 07/05/21, min. 00:37:34/00:43:05). En ese sentido, estimó que los hechos ocurrieron del siguiente modo, a saber: «[q]ue siendo el día 01 de Abril del 2.021, alrededor de las 23:00 horas, en el interior de la vivienda ubicada en calle..., Lavalle, el ciudadano O. D. A. le propinó a su pareja Y. L. A. un golpe con un martillo en su rostro, luego un golpe de martillo en su pierna izquierda, al mismo tiempo que le manifestó "TE VOY A MATAR A VOS Y TU HIJO, CUANDO TE VEA EN LA CALLE TE IBA A TIRAR EL AUTO ENCIMA, VOY A MANDAR A MIS HIJOS A QUE TE PEGUEN, QUE SI VOY PRESO POR TU CULPA VOY A MANDAR A MIS DOS HIJOS A QUE QUEMEN LA CASA DE TU MAMA" lo que provocó mucho temor en la víctima, para luego tirarla al piso y propinarle golpes de puño y rasguños por todo el cuerpo, provocándole a la Sra. A. Hematoma Bipalpebral del ojo derecho, escoriaciones en ojo derecho, edema de pirámide nasal, excoriaciones en rodilla derecha, herida cortante suturada con curación plana de 4 cm, y hematoma circundante en cara lateral de muslo derecho, herida suturada en nariz, edema de labio superior e inferior, equimosis de 2 cm de diámetro en brazo izquierdo, equimosis de 1 cm de diámetro en brazo derecho, lesiones debidamente constatadas, que tienen un tiempo probable de curación e inutilidad laboral menor a un mes, según lo informado por el Dr. Martín Barrera, personal idóneo de Cuerpo Médico Forense» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-32.978/21) Asimismo, «[q]ue el día 28 de mayo de 2019, O. D. A. se retiró de su casa para ir a trabajar y dejó a Y. L. A. C. en su vivienda, sin medios para movilizarse por sí misma y cerró con un candado el portón de ingreso a la propiedad. El día 30 de mayo de 2019 y luego de que O. D. A. se fuera a trabajar, siendo aproximadamente las 12:30 horas, arribó al domicilio en el marco de un procedimiento policial, el Auxiliar P.P. O. C., quien auxilió a Y. A. y constató que la víctima no podía moverse por sus propios medios» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-716.791/19). En cuanto aquí resulta pertinente para la resolución de la causa, luego de admitir la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final solicitado por las partes, y de condenar al acusado en los términos contenidos en el acuerdo presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa, el juez dispuso que una vez firme la sentencia condenatoria, la pena aplicada sea cumplida por el condenado en el establecimiento penitenciario, a los términos del art. 512 del CPP.

2.- El recurso de casación

El recurrente funda la pretensión casatoria en el inc. 1° del art. 474 del CPP, por entender que existen vicios in iudicando que descalifican la resolución impugnada como acto jurisdiccional válido. Señala que la arbitrariedad de la sentencia se comprueba desde que el juez interviniente aplicó erróneamente la ley de fondo, concretamente el art. 10 del CP, vulnerando de ese modo los derechos y garantías del debido proceso legal y defensa en juicio del imputado al ignorar el delicado estado de salud respiratoria de su pupilo. Refiere que el ciudadano A. sufre de asma crónica con períodos de agudización severos y se encuentra bajo tratamiento, y que esa situación lo coloca en la imposibilidad sanitaria de cumplir su condena en un complejo penitenciario.

Explica que su defendido fue condenado mediante juicio abreviado final, producto de un acuerdo celebrado con el Ministerio Público Fiscal en el que si bien se convino el monto de la pena, no ocurrió lo mismo en relación a su ejecución.

Advierte que en este último extremo, la representante fiscal solicitó el cumplimiento efectivo de la condena en penitenciaría provincial, mientras que la defensa técnica petitionó que la pena se cumpla en el domicilio del acusado, donde actualmente se encuentra cumpliendo su condena bajo control penitenciario a través de una pulsera de ubicación georeferencial.

Por ello, entiende que de conformidad con lo normado en el art. 10 del CP, el art. 48 de la ley 8.465, de ejecución de la pena en la Provincia, como así también de los distintos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional reconocidos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se debe anular el punto de la sentencia que ordena el cumplimiento efectivo de la condena en el establecimiento carcelario y, en consecuencia, debe otorgarse el beneficio de la prisión domiciliaria al acusado, garantizando así su derecho constitucional a la salud integral.

Solución cuya pertinencia también justifica teniendo en cuenta el acuerdo institucional celebrado entre esta Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia, que determinan la incorporación del acusado dentro de los grupos considerados de riesgo.

Finalmente, hace expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 8/9, el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que pretende el recurrente. Señala que soporte audiovisual de la audiencia respectiva revela que el juez dejó sentado y salvado su criterio respecto de la gravedad del hecho imputado y de la pena pactada entre las partes, pero no obstante homologó el acuerdo, debiendo aclararse que en el mismo no existía conformidad respecto al modo de cumplimiento de la pena.

Expresa que ante ello, la defensa no modificó su conformidad para la realización del procedimiento abreviado, ni presentó objeciones a los argumentos de la representante fiscal interviniente ni del tribunal. Es decir que, pese a no estar de acuerdo con la salvedad expresada, se prestó expreso consentimiento en llevar adelante el procedimiento abreviado.

En razón de ello, entiende que el juez no se apartó de lo convenido por las partes, ni su fundamentación fue contraria a las estipulaciones acordadas, sino que estableció que, de acuerdo al art. 512 del CPP, correspondía que una vez firme la sentencia se dispusiera el traslado del encartado a Penitenciaría Provincial. Por lo tanto, afirma que la norma procesal penal ha sido debidamente cumplida. El juicio abreviado fue elegido por el imputado bajo la formalidad prevista por ley para garantizar el amplio conocimiento y libre voluntad del enjuiciado.

Fue oportunamente petitionado, asistido por su defensor, en conjunción con la representante fiscal, y ratificado en forma personal ante el tribunal de juicio.

En base a todo ello, solicita no se haga lugar al recurso de casación analizado, y se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. **Preopinante.**

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto no puede recibir acogida favorable en esta instancia, debiendo confirmarse en todos sus términos la resolución en examen.

Resulta esencial, en primer lugar, relevar las constancias de la causa a fin de sustentar la solución anticipada.

En cuanto aquí resulta pertinente destacar, según surge de la compulsa efectuada, en la audiencia de acusación (art. 417 quinquies del CPP), la representante del Ministerio Público Fiscal puso en conocimiento del tribunal que las partes habían celebrado un acuerdo para que la causa tramitara mediante el procedimiento abreviado final, concertando una pena de un año de prisión en efectivo respecto de O. D. A. como autor penalmente responsable de los hechos que se le atribuían en el marco de las presentes actuaciones.

Agregó que también acordaron la revocación de la condicionalidad de una penalidad anterior y su unificación en la pena única de un año de prisión en efectivo (ver registros audiovisuales, audiencia del día 07/05/21, min. 00:22:09/00:22:33).

El juzgador, al momento de verificar las condiciones del acuerdo alcanzado, formuló una serie de apreciaciones en relación a la modalidad de cumplimiento de la pena. En primer lugar, expresamente informó a las partes que adhería al criterio de este Máximo Tribunal emitido en la **causa “Vera Morales”** (min. 00:24:40), manifestación que provocó que la agente fiscal expusiera que «[s]abiendo que el tribunal no homologa la modalidad de la detención es que, por una cuestión de estrategia técnica, por eso puse en sobreaviso al tribunal que no se van a renunciar a los plazos. Justamente ese es el motivo. Pero, de todas formas, este Ministerio Público, hasta tanto quede firme esta sentencia y el cómputo respectivo, va a solicitar que se continúe con la modalidad domiciliaria, hasta tanto quede firme el pronunciamiento, como refiere su Señoría, que quedará a cargo del Juez de ejecución» (min. 00:24:43/00:25:18).

Aspecto que fue completado por el juez quien aclaró que sería dentro de la etapa de ejecución de la pena donde «[l]a defensa hará los planteos que correspondan» (min. 00:25:20). En ese contexto, la defensa admitió la posición del tribunal, dejando expresa constancia de que no iba a renunciar a los plazos legales para la utilización de las vías de impugnación pertinentes, en razón de tener conocimiento de la existencia de «[c]onvenios entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal, en virtud del cual las penas que se consideran cortas deberían tener un tratamiento de detención domiciliaria» (min. 00:25:28/00:27:25).

En segundo lugar, luego de informarle al acusado las características y consecuencias que conlleva el procedimiento abreviado, el juez a quo le informó que «[m]uy probablemente usted vuelva a Penitenciaría Provincial, sin perjuicio de que la defensa después pueda solicitar algún tipo de beneficio en Penitenciaría. Esto también es importante que lo sepa.

Es decir que después, en el Juzgado de Ejecución, usted pueda solicitar algún tipo de beneficio [...] en la medida en que estén reunidos los recaudos que establece el art. 48 de la Ley de Ejecución. Eso se verá en otra instancia» (min. 00:30:50/00:31:25).

Acto seguido, le consultó si estaba de acuerdo en que la causa se resolviese a través de ese mecanismo, si reconocía los hechos acusados y, finalmente, si estaba de acuerdo con la pena pactada por las partes. Todos estos interrogantes fueron respondidos afirmativamente por A. (min.00:32:54/00:33:47).

Acto seguido, cuando el sentenciante les consultó a las partes si querían agregar algo más, tomó la palabra el entonces defensor del acusado, quien reiteró su pedido en cuanto a que quedase constancia que ninguna de las partes renunciaba a los plazos legales (min. 00:33:51). La reseña expuesta devela varias cuestiones. Por un lado, que el acuerdo de las partes no contenía estipulación respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta.

Ello se observa de analizar cada una de las intervenciones efectuadas durante la audiencia por la representante del Ministerio Público Fiscal y del defensor del acusado, quienes en ningún momento indicaron que el acuerdo de juicio abreviado incluía que la pena pactada fuese cumplida en prisión domiciliaria.

Por el contrario, a su tiempo, la fiscal interviniente únicamente solicitó que se continúe con el régimen morigerado de cumplimiento de la detención cautelar que le fuera oportunamente concedido a A., hasta que la sentencia condenatoria y el cómputo de pena respectivo adquieran firmeza. Posición que fue acompañada por el letrado defensor, limitándose a expresar que las partes no iban a renunciar a los plazos legales para la interposición de las vías impugnativas autorizadas por el rito penal.

Por otro lado, no obstante la falta de convención sobre el punto cuestionado, tampoco se observa que la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta conformó un aspecto controversial durante la tramitación de la solicitud de aplicación del **juicio abreviado final**, surgido de la solicitud unilateral de alguna de las partes. Inversamente a lo que propone la defensa en su escrito recursivo, ningún pasaje de la audiencia comprueba que la agente fiscal requirió el cumplimiento efectivo de la pena en penitenciaría provincial, ni tampoco que el letrado defensor, resistiéndose a ello, peticionara que lo sea en el domicilio del acusado.

Finalmente, tampoco el criterio expresado oralmente por el juez de sentencia sobre el punto en cuestión motivó una retractación o rectificación del acusado, ni de su defensor sobre la voluntad de alcanzar la decisión jurisdiccional sobre el acuerdo alcanzado, en los términos objetivamente pactados.

En función de todo ello, es evidente y manifiesto que el fallo condenatorio respeta completamente el acuerdo de juicio abreviado celebrado por la representante del Ministerio Público Fiscal, el acusado y su defensa particular, quienes concertaron –a la L. de lo examinado– la aplicación de un monto de penalidad que finalmente fue aquel por el que resultó condenado el acusado, y no convinieron que la misma fuera en la modalidad domiciliaria.

Lo hasta aquí analizado resulta suficiente para rechazar el agravio casatorio propuesto, desde que no se observa en esta instancia que la sentencia revisada presente algún vicio nulificante.

En efecto, si la voluntad del acusado, o su defensa, hubiera consistido en que la sentencia acoja el pedido de morigeración del cumplimiento de la pena –que, como vimos, ni siquiera fue propuesto unilateralmente por el letrado–, así debieron expresarlo durante la audiencia oral, sea discutiéndolo en la oportunidad de ser anoticiados del criterio referido a su falta de competencia del juez de sentencia para expedirse sobre ese extremo, sea manifestando su retractación a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final.

Al respecto, debo decir que nada de ello sucedió, por lo que observo aquí sólo la pretensión de hacer valer un criterio personal del casacionista con respecto al que motivó el decisorio en crisis, sin una base argumental sólida que deleve la arbitrariedad alegada (ver al respecto, “**Olivares Gómez**”).

No obstante lo expuesto, y dado que el defensor técnico reitera aquí lo dicho en oportunidad de celebrarse la audiencia respectiva en cuanto a la aplicación en autos del contenido del denominado “Acuerdo institucional entre la Suprema Corte de justicia de la provincia de Mendoza, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia”, conviene señalar al respecto que, en el marco de ese convenio, las partes celebrantes acordaron efectuar una serie de recomendaciones dirigidas a los órganos jurisdiccionales competentes para el tratamiento y resolución de aquellas peticiones vinculadas con la privación de la libertad, sea que se tratare de detenciones cautelares, o como consecuencia del dictado de una sentencia condenatoria.

De tal manera, de ningún modo puede considerarse que esas recomendaciones presenten la virtualidad jurídica para incidir en el ámbito propio de la jurisdicción que ejerce cada magistrado. Aspecto éste que luce expresamente reconocido en el texto del mencionado Acuerdo al reconocerse «[...] las facultades propias que, en el ámbito de su independencia, ejerce cada órgano jurisdiccional competente en la provincia para resolver los planteos vinculados a detenciones domiciliarias, o cualquier otra medida alternativa a la privación de libertad en centros de detención o penitenciarios».

A lo señalado debe agregarse que el estado de salud de una persona imputada o condenada –punto destacado por el recurrente en el presente caso– constituye sólo uno de los criterios de evaluación que se les recomienda en el Acuerdo considerar a los órganos decisores al tiempo de resolver planteos de aquella naturaleza.

Pues, además, allí se refiere que también deben contemplarse otros aspectos, tales como la naturaleza del delito, la situación procesal del sujeto, la duración de la condena, el cumplimiento cercano de la condena o proximidad de una libertad anticipada.

De este modo, la conjunción de ambos aspectos niega el carácter arbitrario que el recurrente le endilga a la decisión adoptada por el juez de sentencia. Así, dentro de los estrictos límites legales que hacen a su jurisdicción, el a quo resolvió el caso de acuerdo al contenido del acuerdo presentado por las partes, con aplicación, incluso, de los criterios de evaluación señalados precedentemente. En particular, la gravedad de los hechos enrostrados (min. 00:50:58).

De acuerdo con ello, se encuentra debidamente justificada la decisión del juez de la instancia previa también en este aspecto, cuestionado por la defensa, vinculado con la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta en el establecimiento penitenciario.

En conclusión, advierto que la sentencia atacada se encuentra debidamente fundada y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución jurídica adoptada configure un supuesto de arbitrariedad fáctico o normativo (Fallos 306:262; 314:451) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impidan su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos 314:791; 321:1328; 322:1605), debe rechazarse la impugnación deducida. Por tales razones, y en opinión concordante con el señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. O. A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2021.-

15. CAMACHO. 06-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211006_FcCSM.pdf

Lex: Art 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, art. 55 y art. 239 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de Género. Desobediencia a la autoridad.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, art. 55 y art. 239 del CP).

La **defensa** contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de M. E. C. S., y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.189 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4189, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ

Precedentes citados

a-SCJM

- Chavarría González. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcCGM.pdf
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

b-CSJN

- Acosta. 04-05-2000.

b-CIDH:

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf
- Castro Castro vs. Perú. 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

Parágrafos destacados

«no constituye causa de justificación ya que no se ha podido acreditar que su presencia [la de C. en el domicilio de la víctima] esté vinculada directamente con una necesidad de cumplimiento del rol de padre o de asistencia respecto al requerimiento de uno de sus hijos»

«el juez de sentencia ponderó lo declarado por el Dr. Leandro Silvestre del EPI, quien señaló la existencia de una **relación asimétrica de poder entre la víctima** y el acusado y el contexto de violencia de género en el que aquella se encontraba inmersa. Destacó además los antecedentes de violencia verbal y sexual del cual fue víctima E.L.C. por parte del acusado C.»

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

(N.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05025434-2/1((018501-82062)) FC/ C. S. M. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR HABER EXISTIDO UNA RELACION DE PAREJA EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE DESOBEDIENCIA (82062) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105190599*

En Mendoza, a los seis días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05025434-2/1, caratulada "F. C/ C. S., M. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado M. E. C. S.. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.189 (fs. 131/132) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, art. 55 y art. 239 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-82.062/18 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada por la defensa establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 6 de octubre de 2018, siendo aproximadamente las 18:20 hs., en el domicilio ubicado en Barrio, Luján de Cuyo, M. E. C. S., luego de mantener una discusión con su pareja, [E.L.C.], le propinó tres cachetazos en el lado izquierdo del rostro provocándole lesiones, con un tiempo de curación e incapacidad menor a un mes. Asimismo, el acusado incumplió la medida dispuesta por el Décimo Juzgado de Familia de Luján de Cuyo en los autos N° 988/15/10F, la que fue notificada el día 13/09/15, y se encontraba vigente al momento de los hechos».

Para así decidir, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima, E.L.C., L. C., la Dra. C. G. y el Dr. L. S., el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de fs. 53/54, el examen físico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 33, así como los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

En primer orden, sostiene que el juez de sentencia ha inaplicado las normas que el Código Procesal Penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, las que a su vez ha trasuntado la inaplicación de otras normas de origen constitucional e internacional.

Al respecto, señala el incumplimiento de los arts. 150, 198 inc. 3 y 207 del CPP., ello por cuanto se incorporó el informe del examen físico del CMF obrante a fs. 33, sin la firma de la profesional interviniente, Dra. Yolanda Herrera. Sostiene que la referida funcionaria, cuya testimonial fue oportunamente ofrecida por el fiscal, no se presentó a declarar en ninguna de las cinco fechas programadas para ventilar el conocimiento del proceso.

Afirma que al no poder contraexaminar dicho testimonio, se opuso oportunamente a la incorporación por lectura del informe físico, en tanto entendió que tales vicios eran constitutivos de una nulidad absoluta por vulnerar el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y el principio contradictorio.

Asegura que la necesidad de interrogar a la testigo tiene su razón en que el mencionado informe, el cual no se encuentra suscripto por la profesional, es la única prueba objetiva para acreditar las lesiones atribuidas a su asistido. Agrega que su declaración hubiese podido dilucidar la existencia y calidad de las lesiones sufridas por la supuesta víctima.

Con relación al delito de desobediencia entiende que el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo su acusación en la notificación de exclusión de hogar y prohibición de acercamiento obrante en el expediente N° 5078/18 acumulado a los presentes obrados, cuyos datos no coinciden con los del acusado Chacón.

Asegura, a partir de ello, que la referida orden estaba dirigida a otra persona y que tal circunstancia no fue advertida por el fiscal, ni por el juzgador.

Por último, y según se desprende del formulario adjunto (Acordada N° 29.051), la defensa solicita la aplicación de la causal de justificación prevista en el art. 34, inc. 4 del CP. Por las razones expuestas, solicita se case la resolución impugnada y se absuelva al acusado por los delitos por los cuales resultó condenado, por aplicación del art. 2 del CP. En subsidio, insta la anulación de lo actuado con reenvío de las actuaciones al tribunal que corresponda a los efectos de la realización de un nuevo juicio. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Con relación al agravio vinculado al informe del examen físico obrante a fs. 33, además de considerar que se trata de una nulidad relativa, sostiene que tal elemento de prueba debe ser apreciado en el contexto de todo el plexo probatorio, ya que el juez de grado también sostuvo su resolución en el testimonio de la víctima y el de su vecina Campos.

Con relación a los datos contenidos en el acta de notificación del expediente N° 5078/18, sostiene que los argumentos de la defensa carecen de asidero. Agrega que no quedan dudas de que se trata de la persona del acusado, siendo él mismo quien reconoció su presencia en el lugar de los hechos debido a una

supuesta necesidad del cumplimiento de rol de padre. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

En primer orden, y con relación al delito de lesiones leves dolosas agravadas atribuido al acusado C., la defensa entiende que el juez de sentencia tuvo por acreditada las lesiones sufridas por E.L.C. a partir del informe físico obrante a fs. 33, el que no cuenta con la firma de la funcionaria interviniente, Dra. Yolanda Herrera.

Sostiene que este vicio no pudo ser subsanado por el testimonio de la referida profesional, a través del cual se podría haber dilucidado la calidad o entidad de las lesiones sufridas por la supuesta víctima.

Concluye que estas razones son suficientes para sostener la nulidad absoluta del referido informe y la solución absolutoria que propicia, en tanto –según entiende– sin esta prueba es imposible sostener la hipótesis fáctica acusatoria que dio sustento a la solución condenatoria que cuestiona.

El agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto las premisas utilizadas por el censurante no pueden ser ratificadas en esta instancia, puesto que no resultan adecuadas para fundamentar la sanción de nulidad pretendida.

Al respecto, cabe recordar que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés. En este orden cabe recordar, como ya ha dicho esta Corte en otras oportunidades (ver al respecto, «**Chavarría González**», «**Murcia Lucero**», entre otros), que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Por ello, y al respecto, debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (**CSJN, fallo del 4 de mayo de 2000, “Acosta, Leonardo”; también, Fallos 325:1404**).

Con base en esos parámetros, considero que los agravios defensasistas no poseen tal entidad, toda vez que no se advierte de las constancias de la causa ninguna vulneración a los derechos o garantías del acusado.

Por el contrario, entiendo que su defensa ha sido ejercida plenamente a través de las diferentes etapas del proceso, procurando la observancia de aquéllas, aun cuando los resultados no hayan sido favorables. Por otro lado, debo señalar que los mismos argumentos que fueron planteados en la instancia anterior por la defensa, son reiterados en esta oportunidad.

Al respecto, debo decir que comparto, por resultar acertados, los argumentos por los que el juez de sentencia rechazó la pretensión de la defensa. Así, el sentenciante sostuvo, en primer orden, que el

mencionado informe fue incorporado al proceso mediante el sistema informático autorizado por el Ministerio Público Fiscal.

En segundo orden, el juez de sentencia concluyó sobre la naturaleza relativa de la nulidad intentada y, en este orden, entendió que tal elemento de prueba fue ofrecido por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de acusación y admitido por el juez en tal oportunidad, sin que la defensa presentara oposición en ese sentido (ver registros audiovisuales, día 2/10/19, a partir del minuto 8:05). A ello debe sumarse, que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir sobre la existencia de las lesiones, no sólo se nutre del cuestionado informe –como lo indica el censurante–, sino también de otros elementos que la defensa no discute o no logra controvertir efectivamente.

En efecto, el juez de sentencia consideró que la versión de los hechos brindada por E.L.C. se encontraba corroborada por el testimonio de L. C., vecina de la víctima, quien asegura que pudo observar lesiones en el rostro de aquélla, como así también, hizo referencia al estado anímico de ésta el día que acontecieron los hechos.

Del mismo modo, destacó el testimonio de la Dra. Claudia Gómez del CMF, quien tuvo a su cargo el informe psíquico realizado al acusado y en relación al cual destacó el escaso control de sus impulsos y la creencia estereotipada de roles. Así también, el juez de sentencia ponderó lo declarado por el Dr. Leandro Silvestre del EPI, quien señaló la existencia de una **relación asimétrica de poder entre la víctima** y el acusado y el contexto de violencia de género en el que aquélla se encontraba inmersa. Destacó además los antecedentes de violencia verbal y sexual del cual fue víctima E.L.C. por parte del acusado C. (ver registro audiovisual, día 23/10/19, a partir del minuto 8:25).

Frente a estos argumentos, la defensa no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento del juzgador ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso.

Con relación al delito de desobediencia atribuido al acusado C., la defensa sostiene que, conforme se desprende de los datos consignados en el acta de notificación de autos N° 5078/18 del Décimo Tercer Juzgado de Familia, específicamente el número de documento, la aludida orden tenía como destinatario a una persona distinta del acusado, razón por la cual no se puede tener por acreditado los extremos de la imputación por el delito de desobediencia.

Comparto la postura del señor Procurador General en cuanto sostiene que tal afirmación carece de asidero en las constancias de autos, en especial, de las que se desprenden de las referidas actuaciones radicadas en el fuero de familia.

Esto por cuanto en la resolución que obra a fs. 14 y 15, en donde el mencionado Juzgado ordena la exclusión del hogar del acusado y la prohibición de acercamiento a la víctima y sus hijos, se desprende con claridad los datos filiatorios del acusado M. C.. . Por otro lado, y con relación a la aplicación del art. 34 inc. 4 del CP, cabe destacar que la defensa no brinda argumentos para sustentar la procedencia de la causal de justificación pretendida. No obstante ello, el juez de la instancia previa –en razonamiento que comparto– al analizar la postura de la defensa en sus alegatos conclusivos, con relación al delito de desobediencia, sostuvo que «[n]o constituye causa de justificación ya que no se ha podido acreditar que su presencia [la de C. en el domicilio de la víctima] esté vinculada directamente con una necesidad de

cumplimiento del rol de padre o de asistencia respecto al requerimiento de uno de sus hijos» (ver, a partir del minuto 17:53).

Estos aspectos señalados, según entiendo, descartan que sea jurídicamente posible subsumir los hechos como lo pretende el recurrente, es decir, que aquellos hayan acontecido al amparo del art. 34 inc. 4 del CP, siendo correcto el encuadre asignado en la pieza impugnada.

Así las cosas, se puede concluir que de la lectura del dictum cuestionado se advierte que el juzgador al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género, aspecto que el censurante no intentó controvertir al momento de construir sus argumentos defensoristas. En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. **Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia

de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, entiendo que a partir de un análisis integral del plexo probatorio ha quedado acreditado en grado de certeza que los hechos intimados al acusado acontecieron en un contexto de violencia de género, sin que exista una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo en este aspecto, ni tampoco que se configure la alegada violación a las normas legales que refiere censurante.

Por todo ello, al encontrarnos frente a una sentencia sólidamente fundada y respetuosa de las reglas de la sana crítica racional, en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, **cuestionar los estereotipos** y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como

también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «**amplia libertad probatoria**» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia **Convención Belem Do Pará** donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, **conf. «Ojeda Pérez»–.**

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –**conf. «Zurita»–.**

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general**

de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) –conf. «Zurita»–.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la **Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) –el resaltado me pertenece–. El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita».

Es conveniente destacar también que, en el precedente «**V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua**» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156)–.

En tercer orden, y tal como destaqué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso pues, como señala mi colega preopinante, el juez de la instancia previa tuvo en cuenta las pautas referidas al momento de valorar los diversos elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO P. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de M. E. C. S. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 4.189 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

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

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

16. **GONZALEZ Ricardo. 09-11-21.**

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcGR.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, art. 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Art. 4 de la Ley 26485. Art. 400 inc. 2° del CPP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Relación de pareja. Violencia de género. Amenazas simples. Lectura. Memoria. Igualdad.

Summa:

El **JPC** condenó a la pena de **un año y tres meses de prisión de cumplimiento efectivo** como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género previsto y sancionado por los arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto, art. 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del código penal; y art. 4 de la Ley 26.485.

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6858, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Basualdo.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

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

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-05513443-4/1((018502-775820)) F C/ GONZALEZ RICARDO P/ AMENAZAS EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES CALIFICADAS (775820) (775820/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105694650*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05513443-4/1 caratulada “F. C/ GONZÁLEZ RICARDO P/ AMENAZAS EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES CALIFICADAS (775.820) (775.820/19) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado Ricardo Jesús González Sosa interpone recurso de casación registrado en soporte digital, contra la sentencia N° 6.858 que lo condena a la pena de un (1) año y tres (3) meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género previsto y sancionado por los arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto, art. 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del código penal; y art. 4 de la Ley 26.485 que se le atribuye en la causa N° P-775.820/19 (art. 5, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal; 415, 557, 560 y conc. del CPP).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La sentencia recurrida por la defensa tuvo por acreditado que el día 29 de noviembre de 2019, a las 10:00 hs aproximadamente, cuando la Sra. M. J. R. se encontraba afuera de la despensa de su progenitora, Sra. L. M. V., sita en calle ... de G..., «discutiendo con su expareja Ricardo González quien la agredía verbalmente diciéndole que “era una loca y una puta”, y golpeándola súbitamente con su cabeza en el rostro, exigiéndole que le muestre su teléfono celular. Acto seguido R. le entregó el mismo, y continuaron discutiendo en el interior del local y en un momento dado, González le arrojó un vaso de plástico, impactando nuevamente en el rostro de aquella y manifestándole, “te voy a matar”. Inmediatamente, M. V. salió en defensa de su hija, por lo que González le manifestó “a usted también la voy a matar”, para luego retirarse del lugar».

Como consecuencia de los golpes de González, la Sra. R. presentó lesiones en el brazo izquierdo y en el brazo derecho que fueron informadas en el examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense, (considerando I).

Concluida la audiencia de debate y los alegatos de las partes, se procedió a dictar sentencia. La juzgadora valoró pruebas relevantes tales como el acta de procedimiento, declaraciones de M. J. R. y de L. M. V., examen psíquico del Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.), examen físico por el Cuerpo Médico Forense (C.M.F.), declaración indagatoria de González Sosa, examen psíquico realizado por el C.M.F., entre otras. En base a ello, la sentenciante afirma que se ha probado con certeza la autoría del Sr. González Sosa respecto del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con el delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia mencionada y lo funda en los dos incisos previstos en artículo 474 del C.P.P.

Alega que en la sentencia casada se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva al condenar a González Sosa por los delitos de amenazas simples (dos hechos), en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por violencia de género, al entender que la juzgadora se apartó de la audiencia de debate y del sistema de la sana crítica racional, remitiéndose en forma reiterada a las actuaciones llevadas a cabo inicialmente por el Ministerio Público Fiscal.

Esgrime que según las declaraciones de la Sras. M.R. y L. V., la discusión se originó entre la Sra. R. y el encausado –quienes fueron pareja y tienen hijos en común– por un teléfono celular y su bloqueo, pero que no hubo un conflicto violento ni riesgo para la Sra. R. ni para la Sra. V. durante el episodio, ni el imputado las amenazó de muerte.

Expresa que González Sosa reconoció en la declaración indagatoria, que llegó enojado y muy alterado al negocio donde estaban las Sras. R. y V., porque lo había bloqueado en el teléfono y ello le impedía comunicarse con sus hijos, y que no hubo un estado de celos de su parte por una supuesta comunicación de la Sra. R. con otro hombre.

Expone que en relación al delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género, deben tenerse presente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido en fecha 29/11/2019 en el negocio en calle ... de ..., Mendoza. Indica que no se han acreditado las lesiones en la cabeza con un casco ni en la cara con un vaso de plástico, por lo que sólo corresponde analizar las presentadas en los brazos de la Sra. R. informadas por el Cuerpo Médico Forense (C.M.F.).

En cuanto a estas últimas lesiones, señala que la Sra. R. no manifestó en la audiencia de debate que González Sosa la haya golpeado en los brazos, y que incluso expuso que no fue por un forcejeo, sino porque ella lo agarró de los brazos para que no se fuera y que él intentaba «zafarse para partir del lugar». Alega la defensa que no se demostró la existencia del dolo de dañar por parte del imputado al momento de la discusión, y descarta el contexto de género porque no se ha probado lo que se conoce como ciclo de victimización, ni el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades.

También se agravia porque se han inobservado las normas procesales, especialmente lo dispuesto por los artículos 206 y 416 inciso 4° del CPP. Al respecto, esgrime que existe una grave y errónea apreciación de la percepción de los elementos de pruebas de la causa, porque la sentenciante no cuenta con ninguna prueba sólida y objetiva, que le permita calificar con certeza los hechos como delitos de amenazas y de lesiones dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género. Relacionado con ello,

expone que se omitió merituar la declaración indagatoria del imputado y las declaraciones testimoniales de las de las Sras. M. R. y L. V. prestadas en la audiencia de debate.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General emite opinión sobre el rechazo del recurso de casación interpuesto y la convalidación de la sentencia impugnada. En tal sentido expone que la juzgadora efectuó un análisis global y en conjunto de toda la prueba rendida en autos, tanto la incorporada como la recibida en la audiencia de debate, y que ha ponderado el relato de la Sra. R. y de su progenitora en la instrucción y en el debate. Agrega que la versión aportada por la Sra. R. en la investigación inicial se sustenta en prueba objetiva como es el informe del C.M.F. y el acta de visu, y la brindada en la audiencia de debate en la que minimizó los hechos para que el imputado quedara «en libertad», las que no fueron valoradas como antagónicas por la sentenciante (fs. 8). Afirma que de la lectura de los fundamentos de la sentencia, surge con claridad que la juzgadora tuvo los elementos de convicción necesaria para arribar a la certeza requerida para condenar al causante, por lo que en su criterio el recurso refleja la disconformidad del quejoso en su legítimo ejercicio de defensa con respecto a la interpretación del plexo probatorio dada por la sentenciante (fs. 8 vta.).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, aquélla no resulta procedente.

En primer lugar, abordaré la revisión de las argumentaciones de los cuestionamientos de la valoración de las pruebas en que la sentenciante basa su decisión, en razón de que la defensa hace referencia a la falta de aplicación del sistema de la sana crítica racional (art. 206 del C.P.P.), tanto en el motivo sustancial como en el procesal invocados y previstos en el artículo 474 del C.P.P.

1. En cuanto al sistema de valoración de las pruebas incorporadas por lectura y recibidas en la audiencia de debate, surge de la fundamentación de la sentencia, que se han ponderado según el sistema de la sana crítica racional y desde «la perspectiva de género que debe existir en el caso traído a juzgamiento, siendo que la relación desigual de poder entre González y R. pudo corroborarse por los profesionales del Equipo Profesional Interdisciplinario, quienes informaron, entre otras conclusiones que será referidas infra, “que la pareja ha registrado reiteradas separaciones y reconciliaciones, ello bajo promesas de cambio y arrepentimiento por parte del varón”».

En primer término, la sentenciante le atribuyó credibilidad a la versión aportada por la Sra. R. en la audiencia de debate. En efecto, aquélla manifestó que salió afuera del local de su progenitora –Sra. L. M. V.– porque el encausado arribó enojado y generó una discusión por celos, la insultó diciéndole «puta» porque se escribía con otros hombres, y le exigió que le entregara el celular porque lo había bloqueado el día anterior. Este relato se corroboró con la declaración de la Sra. V. (ver registros audiovisuales de la audiencia de debate, parte II, a partir minuto 09:59 y de la parte III a partir minuto 09:35).

Por ello, la juzgadora consideró mendaz la versión de González Sosa en relación al motivo por el cual llegó enojado y nervioso al local de la Sra. V., cuando manifestó que el bloqueo del celular le impedía comunicarse con los hijos, pues, al comenzar su deposición espontáneamente expuso que el hermano de

la Sra. R. le había dicho que se escribía con otros hombres y lo había bloqueado en el teléfono. Asimismo, la versión aportada por la Sra. R. en coincidencia con lo declarado por la Sra. V., fue respaldada en la sentencia con el informe psíquico del E.P.I. realizado en fecha 29/11/2019, que informó: «... Se detectan patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, consistente en impedimentos de mantener relaciones de amistad, control continuo de sus movimientos, redes sociales, en tal sentido se evalúa que la examinada se ha asilado progresivamente de sus amistades, a ello se agregan acusaciones recurrentes de infidelidad, insultos como forma de comunicación corriente y asociado a recriminaciones por celos».

En cuanto a las lesiones denunciadas por la Sra. R. en fecha 29/11/2019, ante contradicciones de su declaración en la audiencia de debate y falta de recuerdo, en la sentencia se expone que la Sra. Fiscal dio lectura al acta respectiva conforme lo autoriza el **artículo 400 inciso 2º del C.P.P.** para ayudar la memoria de la testigo.

Conforme a ello, la Sra. Fiscal le realizó preguntas respecto de los golpes en el rostro, con el vaso en la cara y los moretones en los brazos, a las que respondió: «... él tenía un casco puesto, me pedía el celular y yo le decía que no, que era mío el celular, y de repente se hizo para adelante y bueno me golpeaba en la frente con la cabeza con el casco ... fue un golpe para adelante como pechando» (ver registro audiovisual, parte II, minuto 11:53); «... cuando estábamos discutiendo y estaba atrás de la vitrina y él estaba de aquel lado y en eso me tiró un vaso de plástico ... y me pegó en la cara» (a partir del minuto 15:25); «él me agarra de los brazos y me deja marcada» (minuto 17:07); «quiero que se resuelva todo bien, que pueda seguir donde está, que pueda salir bien, porque es el papá de mis hijos, y ha cambiado bastante, hubo amenazas de muerte, y que si realmente él hubiera querido hacerme daño, matarme, algo, tuvo oportunidades ... nos llevamos mejor por los chicos» (minuto 18:05), «me dijo que me iba a matar a mi y a mi mamá» (minuto 23:24).

En base al relato de la Sra. R. en la denuncia de fecha 29/11/2019 y la declaración en la audiencia de debate, la sentenciante sostuvo que la Sra. R. «afirmó que el encartado la había agarrado fuerte de los abrazos y que producto de ello le salieron moretones».

Asimismo, la juzgadora corroboró las declaraciones de la Sra. R. con las brindadas por la Sra. V. en la instrucción y en la audiencia de debate, cuando vio que González Sosa le pegó un «cabezazo» a su hija y también vio que le tiró un vaso en la cara.

En cuanto a las lesiones de la Sra. R. en los brazos, se consigna en el fallo en revisión, que la Sra. Fiscal en la audiencia le marcó contradicciones cuando manifestó no recordar haber visto a su hija lesionada en los brazos, porque en su primera declaración expuso: «vi que tenía hinchado el rostro, en la nariz un poquito, porque Ricardo le pegó, un cabezazo, y le vi moretones en uno de los brazos, pero por los nervios no puedo decir 'como se le provocaron esas lesiones, no lo ví'» (fs. 37 vta.).

Al respecto, según consta en la parte III del registro audiovisual, la Sra. V. declaró ante preguntas realizadas por la Sra. Fiscal: «veo que él le tira el vaso a la Sra. R.» (minuto 12:04); «veo que le pega un cabezazo en la cara [a la Sra. R.]» (minuto 12:33), «le dijo a mi hija que la va a matar y a Ud. también la voy a matar» (minuto 13:08); «Ricardo tiró el celular antes que se vaya, lo levantó y se fue, se lo llevó» (minuto 18:00); «queremos que esté en libertad por mis nietos porque extrañan mucho a su papá» (minuto 19:50).

En base a las declaraciones referidas, las lesiones en los brazos de la Sra. R. constatadas con el acta de visu incorporada a fs. 08 y en el examen físico de fecha 29/11/2019 realizado por la perito ... del C.M.F., la juzgadora considera probado que los moretones en los brazos los ocasionó el encausado al agarrarla con fuerza de los brazos. Cabe señalar que en el examen físico citado se informan dos hematomas violáceos en el brazo derecho y un hematoma violáceo en el brazo izquierdo, y que se dejó constancia en el punto «Antecedente», que «relata la causante que en el día de la fecha la agrede físicamente su pareja (golpes con la cabeza, le arroja objetos, golpes de puño)».

Además, las amenazas proferidas a la Sra. R. y a la Sra. V., se acreditaron en la sentencia con las declaraciones que prestaron en la audiencia de debate y el contenido del acta de procedimiento agregada a fs. 01, en la que se consigna la entrevista mantenida por el funcionario y la funcionaria de policía con la Sra. R., quien les manifestó que González Sosa la había insultado, le había dado un golpe en la cabeza, le había tirado un vaso y la había amenazado con matarla. También se dejó constancia que la Sra. V. manifestó que fue amenazada de muerte por González Sosa si lo denunciaban. Ahora bien, el contexto de violencia de género ha sido probado con el examen psíquico realizado por el E.P.I., que estimó un riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «MODERADO».

Entre otros aspectos, en el punto F) se informa que la Sra. R. «describe episodios de agresiones físicas consistente en cachetones, empujones, golpe de puño, patadas y un hecho en que el denunciado la golpeó con un casco. Las circunstancias actuales muestran que el denunciado se ha hecho presente en el negocio donde trabaja la examinada y en dicho lugar ha producido insultos, recriminaciones por celos y acusaciones de infidelidad a la examinada, a ello se agrega que le solicitó su teléfono para ejercer control sobre ésta y posteriormente arrojar el mismo a la calle, ello en el marco de un estado de descontrol y agresividad.

Surge que se produjeron forcejeos y amenazas de muerte tanto a su persona como a su progenitora, quien a su vez también presenció los hechos acontecidos y dio intervención a la policía Se detectan patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, consistente en impedimentos de mantener relaciones de amistad, control continuo de sus movimientos, redes sociales, en tal sentido se evalúa que la examinada se ha aislado progresivamente de sus amistades, a ello se agregan acusaciones recurrentes de infidelidad, insultos como forma de comunicación corriente y asociado a recriminaciones por celos».

La prueba referida ha sido ponderada en forma integrada con el examen psíquico realizado al Sr. González Sosa, que informa características de su personalidad tendientes a desarrollar conductas agresivas y hostiles, como las que tuvo el día de los hechos hacia la Sra. R. y la Sra. V., como consecuencia del mal manejo de sus impulsos, los celos, control y dominio hacia la Sra. R. que en este caso se concretó a través de la inspección y apoderamiento del teléfono celular, a través de insultos, amenazas y ocasionándole lesiones.

En la sentencia también se ha merituado la declaración de la Sra. R. en la audiencia de debate en relación a episodios anteriores de celos y violencias con su pareja. En tal sentido la juzgadora expresa que si bien la Sra. R. manifestó que no podía recordar el hecho acontecido una semana anterior denunciado en fecha 29/11/2019, de la lectura de la denuncia por la representante del Ministerio Público se desprende que relató un episodio «... en el cual habían discutido también por celos de él y él le había pegado trompadas en la cara y en el brazo izquierdo y en la cabeza le había pegado con el casco de la moto» (ver sentencia,

penúltimo párrafo de la primera cuestión). De modo entonces que en la sentencia en casación se han meritado tanto las declaraciones brindadas en la audiencia de debate por parte de González Sosa, de la Sra. R. y de la Sra. V., como las pruebas obtenidas durante la etapa de instrucción, tales como el acta de procedimiento de fs. 01, la denuncia de fecha 29/11/2019, la declaración testimonial brindada por la Sra. V. de fecha 29/11/2019, el examen psíquico y el examen médico de fechas 29/11/2019 realizados a la Sra. R., el examen psíquico realizado a González Sosa en fecha 08/09/2020 por el C.M.F. y el acta de visu agregada a fs. 08 del Expte. P-775.820/2019, efectuada en la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género. Sentado lo que antecede, es en base a un proceso valorativo integrado de las probanzas ponderadas dentro del sistema de sana crítica y el enfoque de género, que la sentenciante considera que González Sosa tuvo el día del hecho «conductas agresivas y hostiles» para con la Sra. R. y su madre, «producto de un inadecuado manejo de sus impulsos», a raíz de los celos y deseos de control y dominio hacia la Sra. R. a través de la inspección de su teléfono celular.

En lo relativo a la valoración de la prueba en contextos de género, en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros– he afirmado que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional a partir de la Ley 26.485, «ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima».

Específicamente, en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género –como acontece en la situación de la Sra. R.–, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), ha sostenido que «... la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo).

Ha sostenido también que «[...] existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo. El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Cabe subrayar también que en investigaciones y juzgamientos de hechos de violencias de parejas, la presencia del carácter cíclico de los mismos, torna de relevancia la valoración integrada con perspectiva de género de las declaraciones durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, exámenes físicos y psíquicos realizados a la denunciante y denunciado, y medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores, como aconteció en el caso en revisión (cfr. Ministerio Público Fiscal. (2016). **Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación**).

Dicho esto, no debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género, como ocurrió en la situación de la Sra. R. y según se observa en la segunda parte del registro audiovisual de la audiencia de debate.

Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciantes al momento de recordar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad.

Así pues, como se destaca en la sentencia y surge de los registros audiovisuales de la audiencia oral, tanto la Sra. R. como la Sra. V. «acomodaron» sus declaraciones en la audiencia de debate al momento de responder preguntas por la Sra. Fiscal en cuanto a las lesiones y amenazas de muerte denunciadas, y manifestaron que querían que el causante recuperara la libertad porque sus hijos lo extrañaban (ver registro audiovisual, parte II, a partir del minuto 18:05 y parte III, a partir del minuto 19:38).

Cabe señalar también, que la juzgadora al abordar la segunda cuestión de los fundamentos de la sentencia, afirma que se demostró en el juicio que González Sosa tomó con fuerza a la Sra. R. de los brazos y le ocasionó voluntariamente las lesiones constatadas, como también le dijo «te voy a matar», y a la Sra. V. le dijo «a Ud. también la voy a matar».

Se argumenta en el fallo en revisión, que existió un estado de alarma, de temor y de comprensión del contenido de las amenazas, porque la Sra. R. se presentó en el C.M.F. para la constatación de las lesiones, y en el Juzgado de Familia donde solicitó medidas judiciales de protección de derechos que le fueron otorgadas (ver audiencia de debate en registro audiovisual, parte II, a partir del minuto 40:09).

También se consigna que la Auxiliar Primero PP que intervino en el hecho y entrevistó a la Sra. R. y a la Sra. V., declaró en la audiencia de debate que «estaba muy asustada ella y la madre» (ver registro audiovisual, parte I, a partir minuto 20:55), y que el personal que tomó la denuncia dejó constancia que la Sra. R. «rompe en llanto» (ver acta de denuncia de fecha 29/11/2019).

Entiendo que las pruebas referidas, como ya dije, han sido valoradas dentro del sistema de la sana crítica racional y enfoque de género, junto con las declaraciones de la Sra. R. y de la Sra. V. en la audiencia de debate, realizada un año después de ocurridos los hechos, en la que la juzgadora percibió que tuvieron la intención de beneficiar al encausado al ser interrogadas por la representante del Ministerio Público, cuando explicaron que no sentían miedo porque el Sr. González Sosa no les hizo daño después de haberlas amenazado de muerte.

Considero también aplicable en este segmento de la sentencia, la jurisprudencia de este Tribunal en el **caso «Cruz Caporiccio»** según la cual «en un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

De modo entonces, según las pruebas ponderadas en la sentencia, por una parte se ha demostrado una modalidad asimétrica de vinculación de pareja entre la Sra. R. y el Sr. González Sosa, en la que la Sra. R. adoptó «actitudes de sumisión y obediencia como modos de controlar la emergencia de conflicto y de agresiones»; mientras que el Sr. González Sosa adoptó «una posición superior, de control y dominio de la relación, en forma predominante ello está asociado a celos intensos y conductas controladoras» (cfr. informe psíquico del E.P.I. citado), y se le observó «una personalidad con baja tolerancia a la frustración, que busca satisfacer sus necesidades en forma inmediata, inadecuado manejo de sus impulsos, puede tener conductas agresivas y hostiles» (cfr. Informe psíquico del C.M.F.).

Por otra parte, advierto que la Sra. Jueza ha considerado inaplicable la argumentación de la defensa en cuanto las amenazas se profirieron en una «discusión acalorada». En efecto, en la sentencia se acreditó que González Sosa arribó al local donde estaba la Sra. R. con su madre y generó una discusión de pareja por celos porque estaban peleados y ella se escribía con otros hombres, la insultó exigiéndole la entrega del teléfono celular como medio de control y dominio hacia su persona, la golpeó en la frente, le tiró un vaso en la cara, la tomó con fuerza de sus brazos, la amenazó de muerte y a su madre, y una vez que tuvo en su poder el teléfono celular, lo tiró al piso y se retiró llevándose el.

Asimismo, la sentenciante expone argumentaciones de su discrepancia con el defensor cuando refirió «que los celos demuestran interés en una pareja, como una justificación de la conducta del imputado». Así, por aplicación de la sana crítica racional y la perspectiva de género, en el fallo en revisión se expresa «... el interés no se demuestra con control y dominio de la otra persona en una relación de pareja y que de ninguna manera puede la conducta de González encontrar una justificación tal, habida cuenta que la misma se basa en patrones socio-culturales que tanto se ansía erradicar a fin de eliminar por completo la discriminación y la violencia hacia las mujeres».

En relación con los fundamentos transcritos de la sentencia, entiendo aplicable el marco convencional y legal vigente en el país y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de estereotipos de género. Éstos son definidos como «patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienden a: 1) perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas» (art. 2º inciso e) del Dec. Regl. Nº 1011/2010 de la Ley 26.485).

En razón que constituyen una de las causas de las desigualdades estructurales y violencias contra mujeres, los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para modificar «patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5 inciso a) de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cfr. Convención de Belém do Pará, art. 6 inciso b).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que dentro de los estándares internacionales de derechos humanos vinculados con la igualdad de género y los derechos de las mujeres, en particular relacionados con violencias y discriminaciones contra mujeres, la obligación de

debida diligencia para ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna, implica también la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir en la labor de fiscales y jueces/zas (CIDH. (2015). Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, párrafo 132). De acuerdo a lo expresado, entiendo que la jurisprudencia y Recomendación del MESECVI mencionadas se han aplicado en el proceso valorativo de las pruebas incorporadas y recibidas en la audiencia de debate, de acuerdo al sistema de la sana crítica racional y estándares internacionales y nacionales en materia de violencias contra mujeres, por lo que los agravios no pueden prosperar.

2. Ahora bien, en relación a los agravios expuestos **por errónea interpretación y aplicación de la ley penal sustantiva**, anticipo que también deben desestimarse por los argumentos que a continuación expondré. Por un lado, entiendo que la defensa hace referencia a cuestiones que se vinculan con la valoración de las pruebas, al fundar el motivo sustancial en ausencia de valoración de la indagatoria del imputado y testimoniales, argumentaciones que se corresponden con el motivo de procedimiento abordado en el punto anterior, (cfr. LS 518-519; 480-169; entre otros).

Por otra parte, en cuanto al delito de lesiones leves agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género, advierto que las argumentaciones relativas al elemento objetivo y subjetivo del ilícito han sido consignadas con claridad y motivación suficiente en la sentencia.

Especialmente, en relación a la voluntad del encausado de lesionar a quien era su pareja y en contexto de género, en diversos momentos durante la discusión que originó por celos intensos y una conducta controladora dominante, cuando arribó enojado al local a exigirle la entrega del teléfono celular hasta lograr su cometido.

De modo entonces que los agravios relativos al motivo sustancial también deben rechazarse, porque la defensa a partir de una interpretación diversa de pruebas recibidas en la audiencia de debate y sin integrarlas con las producidas en la instrucción preparatoria e incorporadas al debate, pretende minimizar la conducta del Sr. González Sosa para descontextualizarla de la relación de pareja y del enfoque de género. Por tanto y sentado cuanto precede, me pronuncio por la confirmación de la sentencia casada y el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en “**Ojeda Pérez**” sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así,«... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma

igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destaqué en el precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «**Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor Ricardo Jesús González Sosa.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal planteado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

17. SCIFO RUFFINI. 02-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcSRF.pdf

Lex: Art.92 en función del art. 89 y 80 incisos 1° y 11° del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses** de prisión con los beneficios de ejecución condicional, con accesorios legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función del art. 89 y 80 incisos 1º y 11º del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 387, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS 457-207
- Galdeano Reyes 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Basualdo Reyes
- LS 400-240, 407-155
- LS 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177
- Cruz Caporiccio 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarelli 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

b. SJCN

- Leiva M. Cecilia" 1-11-11:
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

c. CIDH

- Castro Castro vs. Perú 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=La%20Corte%20considera%20que%20el,abusiva%20en%20su%20domicilio%20familiar.
- González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Caso López Soto y otros vs. Venezuela. 26-09-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf

Doctrina citada.

LONG SABORIO, S. (2009)

SUÁREZ TOMÉ, D. (2021). Introducción a la teoría feminista II: Profundización en la teoría feminista, Clase 3, Economía Femini(s)ta, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 9).

La naturalización de la violencia en el entorno familiar y su reproducción en el noviazgo. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia, 13(1), 117-136)

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

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05120573-6/1((038501-712284)) RECURSO DE CASACION EN P-712284/19 FC/ SCIFO RUFFINI FABIAN ROLANDO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (712284) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105288542*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05120573-6/1 caratulada “F. C/ SCIFO RUFFINI FABIÁN ROLANDO P/LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (712284) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

La defensa de Fabián Rolando Scifo Ruffini interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4087 (fs. 42/43) y sus fundamentos leídos oralmente en audiencia de fecha 18/12/2019, que lo condena a la pena de seis (6) meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional, con accesorios legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función del art. 89 y 80 incisos 1º y 11º del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia recurrida

La sentencia recurrida por la defensa tuvo por acreditado: : «“Que el día 14 de mayo de 2019, siendo aproximadamente las 11:20 hs. en oportunidad en que la víctima en autos I. J. P. O. que cursa un embarazo de seis meses y medio, se dirigía por calle..., frente al... de la localidad de Palmira, San Martín, Provincia de Mendoza, se hizo presente su pareja ROLANDO FABIÁN SCIFO RUFFINI, la tomó del brazo izquierdo y luego le propinó varios golpes de puño en el estómago, lo que le ocasionó lesiones”, el cual fue oportunamente calificado como “Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género”» (art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 1 del C.P.), (fs. 42).

Para así decidir, la juzgadora valoró pruebas relevantes tales como las declaraciones y los exámenes psíquicos de la Sra. P. O. y del causante, la declaración del Sr. Z., el acta de procedimiento y el acta de inspección ocular, las fotografías agregadas a fs. 40 del Legajo P712.284/19/2, entre otras.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia mencionada y lo funda en el inciso 2º del artículo 474 del C.P.P., por entender que la juzgadora ha aplicado e interpretado erróneamente los artículos 206, 409, 411 y conc. del C.P.P., y por tanto la resolución recurrida se apoya en argumentos

parciales de las pruebas recibidas que la tornan arbitrarias por no ajustarse a las reglas de la sana crítica racional (fs. 5). Los agravios en que funda el recurso casatorio son los siguientes:

a.- Valoración parcial del examen psicológico de la denunciante, al omitir pronunciarse sobre puntos que restan credibilidad a la misma.

Al respecto expone que no se valoraron aspectos relativos «a la manipulación de las situaciones con intencionalidad personal, a la habitualidad en colocar la culpa en el otro, la tendencia al egocentrismo, que no presentaba consecuencias psicológicas con maltrato, etc. (fs. 6 vta.).

b.- Ausencia de valoración de la declaración del imputado en autos.

Expresa que la resolución recurrida presenta arbitrariedad por omisión al no valorarse la deposición de su asistido en cuanto negó categóricamente el hecho denunciado, y que este silencio valorativo afecta la validez de la sentencia (fs. 6 vta/7).

c.- Ausencia de mención y valoración de pruebas incorporadas por lectura.

Menciona la omisión de valorar el acta de procedimiento y las actas de ratificación de personal policial, de las que surge que la denunciante le manifestó a personal policial y médico que la vio luego de realizar la denuncia, que había sido golpeada el día anterior del hecho (13/05/2019) sin haber identificado quién las ocasionó, lo que pone en duda circunstancias de modo y de tiempo en las que se produjeron las lesiones denunciadas (fs. 7 y vta.).

d.- Interpretación arbitraria de inspección ocular.

Manifiesta que una inspección ocular da cuenta que la denunciante presentaba lesiones en el hombro derecho, pero tanto en la denuncia como en la declaración brindada en el debate, la Sra. P. O. expresó que las lesiones las sufrió en el hombro izquierdo.

Agrega que es una interpretación discrecional por parte de la Jueza interpretar que lo consignado en el acta mencionada constituyó un error material (fs. 7 vta.).

e.- Ausencia de valoración jurídica del caso llevado a proceso.

Asevera que en la sentencia no se realizó el debido examen jurídico de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respecto del delito de lesiones leves dolosas endilgado. Funda el agravio en jurisprudencia vinculada al concepto de arbitrariedad (fs. 7vta/10). Por último solicita la revocación del fallo casado, se absuelva a su defendido y se revoquen las medidas anexas impuestas en contra (fs. 10 y vta.). Presenta expresa reserva del caso federal (fs. 10 vta).

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación planteado no puede prosperar porque la sentencia es válida, en tanto la señora Jueza valoró las pruebas e indicios bajo las reglas de la sana crítica racional y aplicó el derecho sustantivo en forma correcta (fs. 34).

En relación al primer agravio (a), entiende que no existe valoración parcial del examen psicológico, sino que la jueza ha valorado «los elementos dirimientes a los efectos de lo que desea tener por probado, en este caso, la credibilidad de la víctima, para ello es necesario saber si miente o fabula, de hecho, no lo hace», y que las demás circunstancias no menguan la credibilidad de la víctima (fs. 33).

En cuanto al agravio indicado con la letra (b), afirma que si bien la sentenciante se refiere en forma poco ordenada a los dichos del imputado, ha valorado los aspectos controversiales de su declaración con los

de la víctima. Señala que se toma como indicio serio la declaración del imputado en coincidencia con la víctima, en cuanto hubo un altercado antes de los golpes, pero que el móvil de la discusión fue que el imputado estaba enojado porque quería que la Sra. P. O. abortara y ella no quería, lo que resulta más afín con los golpes que recibió en la panza y alejado de una conducta autolesiva de la víctima (fs. 33). Con respecto al cuestionamiento de la valoración del acta de procedimiento (c), expone que no existe duda que el hecho denunciado ocurrió el día 14 de mayo de 2019 y que se incurrió en un En cuanto al siguiente agravio (d), dictamina que la prueba fotográfica y el examen físico y declaraciones de la Sra. P. O. son coherentes en demostrar que la lesión se produjo en el hombro izquierdo, por lo que también se produjo un error material al confeccionar el acta de inspección ocular (fs. 33 vta.).

También se desestiman las argumentaciones en relación al análisis jurídico de la conducta atribuida al causante, al entenderse que la juzgadora ha hecho referencia en el debate con lenguaje claro y entendible para el justiciable, a la prueba de los elementos objetivos del tipo, las lesiones certificadas, el elemento subjetivo y la autoría del imputado, como también se hizo referencia a la agravante de la relación de pareja preexistente y su prueba (fs. 33 vta.).

Por último, indica que la defensa tiende a separar y tratar de anular pruebas e indicios cargos para instalar una duda inexistente de la autoría del imputado, a diferencia del Tribunal de instancia que los ha tratado en forma conjunta y conforme jurisprudencia de este Tribunal registrada en **LS 457-207** (fs. 33 vta/34).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Anticipo que del análisis de los agravios presentados por la defensa y de los fundamentos del fallo cuestionado, el recurso de casación no puede prosperar al no conmover la validez de la sentencia condenatoria. A continuación expondré los argumentos de acuerdo al orden de los planteos recursivos expuestos en el punto

a- Valoración parcial del examen psicológico de la denunciante

En primer lugar, advierto que en los fundamentos orales del fallo, a partir del minuto 16:10 del registro audiovisual de fecha 18/12/2019, la sentenciante ponderó el examen psicológico realizado a la Sra. P. O., para explicar por qué motivo no quería hacer la denuncia a pesar de haber sido golpeada por su pareja, el Sr. Scifo Ruffini, razón por la cual fue acompañada por directivos de la escuela a realizar la denuncia porque el episodio violento ocurrió en la puerta del establecimiento educativo.

Al respecto, argumentó que del examen psicológico surge que ha sido revictimizada anteriormente por violencia intrafamiliar y por violencia de género, por parte de su padre, de su hermano y de una ex pareja, situaciones que la llevó a naturalizar los episodios de violencias, y que observó durante la declaración brindada en la audiencia que no quería perjudicar al Sr. Scifo Ruffini.

Asimismo, la jueza resaltó que del examen citado surge que la Sra. P. O. no fabula ni miente, e hizo referencia a otras características de su personalidad contenidas en el mismo, las que a su criterio encuentran origen en las violencias vividas durante su vida. Seguidamente, en la sentencia se valoró el examen psicológico realizado al imputado.

Se señaló que en situaciones de tensión puede ser agresivo y no puede controlar impulsos como ocurrió en el hecho denunciado, al golpear en el estómago a la Sra. P. O. a raíz de una discusión (ver a partir minuto 18:53, registro audiovisual de fecha 18/12/2019).

En cuanto a los motivos que originaron la discusión, la Sra. Jueza expuso que existe duda si fue porque la Sra. P. O. le dijo al Sr. Scifo Ruffini que recibía amenazas anónimas por Facebook o si éste estaba enojado porque le habría arrebatado el celular al salir de una librería.

Consideró creíble la declaración de la Sra. P. O. al manifestar que antes de los golpes discutieron porque el Sr. Scifo Ruffini estaba muy enojado porque le pidió que abortara «[...] porque era una nena, quería un varón, no tenía buena relación con los padres, todo este contexto hace a la credibilidad del relato de la Sra. P.».

Además, se afirmó que este relato es corroborado con pruebas objetivas, tales como el acta de denuncia de la instrucción sumaria, examen físico, exámenes psíquicos, entre otras (ver a partir minuto 19:53 del mismo registro audiovisual). Considero que el examen psicológico cuestionado por la defensa ha sido valorado dentro del sistema de la sana crítica racional (arts. 205 y 206 del C.P.P.), y estándares internacionales en materia de valoración de pruebas en contextos de violencias contra mujeres y estereotipos de género que naturalizan violencias de parejas e intrafamiliares.

A continuación expongo las argumentaciones. Ante todo, es oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (**Long Saborio, S. (2009)**).

Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes). En este sentido, como he señalado en pronunciamientos anteriores –ver **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes»,** entre otros– la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, **Caso del penal «Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **«Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. **Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia»,** entre otros).

También en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...]establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Así pues, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Ahora bien, conforme la valoración del examen psíquico de la Sra. P. O., la juzgadora afirmó que a raíz de los episodios de violencias vividos en su historia familiar ha naturalizado la violencia, situación por la que no quería denunciar al Sr. Scifo Ruffini y fue acompañada a la Oficina Fiscal por las autoridades de la escuela.

En este segmento de los fundamentos, desde una perspectiva de género, la sentenciante también ponderó el examen psíquico en relación a aspectos emocionales y características personales contenidas en el mismo, como víctima de violencias familiares y de género, y en la especial situación de vulnerabilidad que atravesaba durante el hecho de violencia denunciado al cursar un embarazo de seis meses y medio y el motivo de la discusión previa que precedió a los golpes físicos en el abdomen de la Sra. P. O.

En cuanto a la situación de naturalización de violencias familiares y de género, a la que hizo referencia la juzgadora, entiendo que calan sus raíces en una estructura familiar patriarcal construida sobre los binarismos sexual y de género, a partir de los cuales los roles o papeles que mujeres y hombres deben desempeñar en el ámbito personal, familiar, social, laboral, etc., se basan en el determinismo biológico y cultural heterocentrado que considera solo dos sexos (hombre y mujer), de los que se derivan dos géneros (masculino y femenino).

Sobre estos binarismos de la sexualidad y del género se traza políticamente la separación de los espacios público/privado y la división sexual del trabajo (productivo y reproductivo). Desde esta visión binaria se construye el determinismo biológico del paradigma biomédico en medicina y el modelo androcéntrico que atraviesa al Derecho, en el que se ubican jerárquicamente a los hombres y lo masculino como lo universal, superior y referente de la humanidad, y a las mujeres y lo femenino en una posición de inferioridad, diferenciación y subordinación a los varones.

Con el desarrollo de la división sexual del trabajo se justifica el trabajo reproductivo de las mujeres por su capacidad de gestación según un orden natural (reproducción biológica), en las tareas de cuidados y procesos de socialización de roles genéricos (reproducción social), y tareas domésticas y manutención que no solo beneficia a la familia sino también al sistema económico que no considera rentable la fuerza de trabajo reproductiva, relegando a las mujeres al dominio de lo privado. (cfr. Suárez Tomé, D. (2021). Introducción a la teoría feminista II: Profundización en la teoría feminista, Clase 3, Economía Femini(s)ta, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 9).

Es sobre este pensamiento dicotómico y jerarquizado de los sexos y relaciones sociales asimétricas de poder entre los géneros, que la dominación masculina recurre incluso a la violencia para lograr la subordinación de las mujeres y perpetuar la posición hegemónica y privilegiada en el sistema patriarcal. Posteriormente, desarrollos teóricos feministas desestabilizaron los cimientos del binarismo clásico y construyeron el paradigma de la identidad de género, contenido en la ley Nº 26.743 de Identidad de Género (2012).

Sin embargo, en la actualidad persisten y se reproducen roles y estereotipos de géneros en familias patriarcales, que incluso naturalizan violencias por razones de género contra mujeres para perpetuar una cultura de dominación masculina hegemónica, (cfr. Luévano, M. (2021).

La naturalización de la violencia en el entorno familiar y su reproducción en el noviazgo. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia, 13(1), 117-136)

Estereotipo de género

Los estereotipos de género son definidos en el artículo 2 inciso e) del Dec. Regl. Nº 1011/2010, que reglamenta la ley 26.485, como «patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienden a:

1) perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas».

A su vez la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), establece que los Estados tomarán medidas apropiadas para la modificación de «patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5 inciso a), (cfr. Convención de Belém do Pará, art. 6 inciso

b). Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre los estereotipos de género, al referirse como una «[...] pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Caso **González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México**, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 401).

Esta jurisprudencia es reiterada y ampliada en el **Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C. No 307, párrafo 180, al afirmar «[...] que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes.

En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales».

En el mismo sentido se ha pronunciado en el **Caso López Soto y otros vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 235. En este último fallo agregó que «[l]os estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes» (párr. 236), y que prácticas estatales «[...] tendientes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvalorización de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos» (párr. 239).

b- Ausencia de valoración de la declaración del imputado

En este tramo de revisión, observo que en el fallo casado se han analizado aspectos relevantes de la declaración del causante que le permitieron a la jueza de la instancia anterior, a partir de la valoración de otras pruebas, avalar sus conclusiones. Así, por ejemplo, en cuanto el Sr. Scifo Ruffini declaró que discutió con la Sra. P. O. momentos antes del hecho violento denunciado, en coincidencia con la declaración de la misma que hizo referencia a una discusión previa.

No obstante, la sentenciante no otorgó credibilidad a la versión del imputado que adjudicó un accionar autolesivo a la Sra. P. O. en la zona del abdomen porque no se ha probado, y porque la dinámica modal en que se desarrolló el hecho delictivo tuvo asidero en la declaración de la denunciante cuando refirió que estaba embarazada y el Sr. Scifo Ruffini discutió con ella porque le pidió que abortara y ella no quería. El relato de la Sra. P. O. se corroboró con la constatación de las lesiones en el abdomen y embarazo de seis meses y medio (examen físico de fs. 67,) y su declaración en la audiencia de debate ponderada como creíble al concordar con pruebas objetivas (acta de procedimiento, fotografías, exámenes psíquicos, declaración del Sr. Z., etc.), (ver a partir del minuto 7: 33 del registro audiovisual).

De modo entonces que tampoco puede prosperar el agravio examinado, en razón que la valoración de las declaraciones del imputado y de la denunciante se enmarcaron en el sistema de la sana crítica racional y en la perspectiva de género, según el marco normativo y jurisprudencia citada en el punto anterior.

En especial, en relación a declaraciones de mujeres denunciantes de hechos delictivos en contextos de violencias de género y situación de vulnerabilidad por embarazo, ya que a raíz de los golpes de puño recibidos en el abdomen fue posteriormente internada en el hospital durante dos días ante la presencia de contracciones (ver minuto 8:38 del registro audiovisual). Sobre el particular, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), entre los deberes de los Estados partes para la adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, dispone tener «especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir la mujer [...] cuando está embarazada» (art. 9). c- Ausencia de mención y valoración de pruebas incorporadas por lectura De acuerdo a lo expuesto anteriormente, entiendo que con sustento en las pruebas valoradas por la juzgadora se probó con certeza que el hecho denunciado ocurrió el día 14 de mayo de 2019, y por tanto, se incurrió en un error material involuntario en el acta de procedimiento al colocar el número 13. Dicho esto, considero que el planteo recursivo denota un esfuerzo de la defensa con apoyo en aspectos aislados de las pruebas en que se motivó la sentencia, que se relacionan con una crítica encauzada a modificar la calificación legal dispuesta por la sentenciante, pero que carece de argumentos decisivos para cuestionar la validez de la valoración de las pruebas vinculadas a la fecha en que ocurrió el hecho denunciado (LS 400-240, 407-155, entre otros).

d- Interpretación arbitraria de las fotografías obrantes a fs. 40

Conforme surge de los fundamentos de la sentencia casada, la demostración de las lesiones sufridas por la Sra. P. O. en el hombro izquierdo, se acreditaron en la sentencia con las fotografías de fs. 40 (Legajo P-712.284/19/2), y las declaraciones de aquélla en la información sumaria y en la audiencia de debate, las que fueron ponderadas por la juzgadora como coherentes y creíbles, por lo que la constancia en el acta de inspección ocular que fueron en el hombro derecho es lógico interpretarla como otro error material involuntario en la redacción del acta respectiva, como se explicó y afirmó en la sentencia.

En este tramo de las argumentaciones la juzgadora expresó: «[...]las fotografías que estaban en la Unidad Fiscal ofrecidas como pruebas reflejan y revelan, acá están, que tenía el hombro izquierdo lastimado, cuando escuchamos a la Sra. P. ella dice que por los nervios no se había dado cuenta que le había lastimado el hombro izquierdo pero después hacía acá la seña, todos la vimos, en el hombro izquierdo [...] ella siempre fue coherente diciendo que era el hombro izquierdo en todo momento, en la información sumaria como aquí cuando la escuchamos personalmente» (ver a partir del minuto 12:50, registro audiovisual de fecha 18/12/2019, P-712.284/19).

e- Ausencia de valoración jurídica del caso llevado a proceso

Entiendo que el análisis y valoración efectuada por la Sra. Jueza de las declaraciones de la Sra. P. O. conjuntamente con el testimonio del Sr. Z., el acta de procedimiento, las fotografías de fs. 40 citadas, el examen psicológico del imputado, el examen psíquico de la Sra. P. O., el examen físico de fs 67, las declaraciones de los médicos que constataron el embarazo de seis meses (6) y medio y las lesiones en el abdomen, avalaron con certeza que el causante le ocasionó las lesiones en el abdomen en la puerta de la escuela con golpes de puño tomándola del brazo izquierdo, después de una discusión en momentos previos en la que le pidió que abortara y ella no quería, motivo por el cual fue acompañada por las autoridades de la escuela a realizar la denuncia.

Asimismo, la Sra. Jueza expone las argumentaciones en que sustentó el contexto de género y la relación de pareja preexistente en que ocurrió el episodio de violencia, como también la sanción penal mínima y las normas de conducta (ver a partir del minuto 20.15 del registro audiovisual).

Por tanto, el accionar del Sr. Scifo Ruffini ha sido correctamente subsumido en la calificación legal del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y mediar violencia de género. Las argumentaciones al respecto han sido desarrolladas por la sentenciante, tanto en relación a los aspectos objetivo como subjetivo de la figura penal según la valoración de las pruebas mencionadas, por lo que la sentencia se encuentra suficientemente fundada.

En coincidencia con el Sr. Procurador General, considero que la juzgadora ha utilizado un lenguaje claro y entendible al argumentar la autoría y sanción impuesta al Sr. Scifo Ruffini, lo que no priva de fundamentación suficiente a la sentencia (**LS 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177**, entre otros). Además, como mencioné anteriormente, las pruebas han sido analizadas dentro del sistema de sana crítica y estándares internacionales en materia de violencias contra mujeres, especialmente relativos a estereotipos y patrones socioculturales discriminatorios y su impacto en el derecho a una vida libre de violencia. En consecuencia con lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia examinada y rechazar el recurso de casación interpuesto. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar recurso de casación interpuesto por la defensa de Rolando Fabián Scifo Ruffini.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

18- ORIHUELA SOTO. 17-12-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														418
														414
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	486

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcSRF.pdf

Lex: Art. 104, 1° párrafo del CP. Art. 358, 418, 149, 420 del CPP. Art. 198 del CPP.

Vox: Abuso de arma. JAI. Absolución. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad.

Summa:

El **JPC** no hizo lugar a la aplicación del juicio abreviado y absolvió al señalado del delito de abuso de armas (art. 104, primer párrafo del CP), ordenando su inmediata libertad.

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, disponiendo el apartamiento de la jueza interviniente (art. 204 del CPP). Ordenó la remisión al JPC N° 1, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2178, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mopardo Dupox
- Murua Sosa
- Oropel
- Lima

Doctrina citada.

ABOSO, Gustavo Eduardo. "Tratado de Derecho Penal". Pág. 527.

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

(M.M.)

Fallo:

CUJ: 13-04793223-2/1((018501-64326)) PC/ ORIHUELA SOTO JUAN ANDRES P/ ABUSO DE ARMAS (64326) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104872663*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04793223-2 caratulada “F. C/ ORIHUELA SOTO, JUAN ANDRÉS P/ ABUSO DE ARMAS S/ CASACIÓN”.

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

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia N° 2.178, mediante la que no se hizo lugar a la aplicación del juicio abreviado y se absolvió a Juan Andrés Orihuela Soto del delito de abuso de armas (art. 104, primer párrafo del CP), ordenándose su inmediata libertad; pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-64326/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal sentenciante absolvió a Juan Andrés Orihuela Soto del delito de abuso de armas (art. 104, primer párrafo del CP) que se le atribuía en la causa N° P-64326/18, conforme solicitud de audiencia de acusación obrante a fs. 1/2 del legajo N° L-64.326/18/AP.

Los hechos oportunamente intimados consistieron en que «para fecha 09 de agosto del 2018, siendo las 14:00 horas aproximadamente, Juan Andrés Orihuela Soto desde la vereda de enfrente del domicilio ubicado en calle Puerto Rico 2236, barrio Pedro Molina I, manzana 16, casa 08 de Guaymallén, efectuó aproximadamente cinco disparos de arma de fuego contra dicha vivienda, encontrándose en el interior Felisa Espinoza, Betiana Estefanía Torres y Darío Torres».

Para llegar a la conclusión absolutoria, la jueza interviniente entendió que «[...] la conducta del imputado no encuadra en el tipo penal que se le atribuye. Por lo tanto, el proceder de Orihuela es atípico.

En este sentido, se le atribuye al encausado [...] la comisión del delito de abuso de armas, previsto en el art. 104 del CP, el que dice así: “será reprimido con uno a tres años de prisión el que dispare un arma de fuego contra una persona sin herirla”.

Conforme la acusación fiscal, los disparos han sido efectuados contra la casa de la denunciante. El tipo objetivo [...] -en este caso el **“Tratado de Derecho Penal” del Dr. Gustavo Eduardo Aboso, pág. 527**, voy a dar lectura-: “está constituido por la acción de disparar un arma de fuego contra una persona.

Es un delito de peligro concreto porque se requiere que la víctima haya corrido un riesgo cierto para su actividad física. Por este motivo es menester que el autor haya disparado un arma de fuego contra el ofendido. No basta realizar acciones amenazantes con el arma de fuego, simular la acción de disparar”.

Con lo dicho, y teniendo en cuenta que la acción típica es disparar un arma de fuego contra una persona y, que al formular acusación, el señor Fiscal ha manifestado al igual que le fue atribuido al imputado en la indagatoria, la que dice: “disparar un arma de fuego **contra dicha vivienda**”; entiendo que el proceder del imputado [...] no se ajusta a los términos del art. 104 del CP» (constancia audiovisual del día 20/03/2019; desde minuto 09:59 hasta minuto 12:30).

2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Concretamente considera que el tribunal de instancia anterior no habría observado las normas del Código Procesal Penal y los principios que rigen el sistema acusatorio regulado por la normativa procesal vigente en la provincia de Mendoza.

Así, luego de señalar que durante la celebración de la pertinente audiencia de acusación –en la que las partes manifestaron su voluntad de aplicar a la presente causa el procedimiento de juicio abreviado–, la jueza interviniente entendió que la conducta del acusado no era típica, por lo que decidió absolverlo sin escuchar a los testigos.

Sostiene que la a quo fundó su decisión mediante una escueta referencia a jurisprudencia según la cual disparar contra una vivienda es un comportamiento atípico respecto del delito previsto en el art. 104, primer párrafo del CP.

Asimismo, entiende que en la resolución impugnada se ha efectuado una incorrecta valoración del hecho investigado para, luego, concluir del modo antes señalado. Expresa que la forma en que la jueza de instancia anterior ha tenido por finalizado el proceso no permite al recurrente poder avocarse nuevamente con las mismas pruebas –denuncias, testimoniales e informes de Policía Científica– e imputar el delito de daño que fue formalmente constatado.

El impugnante realiza algunas consideraciones en torno al principio de congruencia y a la imposibilidad de los jueces de cambiar los hechos que fueron sometidos a su juzgamiento, pero hace hincapié en que nada les impide cambiar la calificación jurídica aplicable al caso, de conformidad al principio iura novit curia.

En relación a esa última regla, sostiene que el tribunal «tiene plena libertad, y antes el deber, de precisar la figura delictiva juzgada, encontrando su límite en la congruencia» (recurso, fs. 66 vta.).

Finalmente sostiene que la jueza interviniente no estaba obligada a poner fin al proceso mediante la absolución dictada, teniendo en cuenta el acto procesal que se llevó a cabo en esa oportunidad, esto es la audiencia de acusación.

Entiende que esa última –la acusación– es el acto que debió producirse o, al menos, escuchar a los testigos y que el modo en que se procedió implica vulnerar los principios más elementales del sistema acusatorio.

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso y se revoque la decisión atacada, retrotrayendo las actuaciones a su estado anterior.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General se remitió a los argumentos vertidos por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 06 de la Unidad Fiscal Correccional, los que dio por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que emita un nuevo pronunciamiento.

Ello, en virtud de los argumentos que a continuación se exponen. Tal como surge del planteo recursivo, el cuestionamiento formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal gira en torno a las facultades que posee el órgano jurisdiccional ante la presentación de un acuerdo de juicio abreviado.

En ese orden, el recurrente entiende que la jueza de instancia anterior habría aplicado erróneamente las disposiciones procesales pertinentes.

En efecto, el análisis de la causa sometida a consideración de esta instancia me persuade de que la sentencia absolutoria dictada en autos no se ajusta a la normativa procesal aplicable y tampoco a las particulares circunstancias del caso.

Al respecto, cabe recordar las consideraciones que realicé en el precedente «Lima» donde destacué que «el juicio abreviado, no es, ni debe ser confundido con el viejo juicio escrito propio del sistema inquisitivo de investigación y juzgamiento que estaba vigente antes del código de la ley 1.908 (de Vélez Mariconde).

Por el contrario, es una institución propia del sistema acusatorio adversarial y aunque fue incorporado con el sistema acusatorio débil, a partir de 1999 con la sanción de la ley 6.730 que estableció el nuevo CPP, las diversas reformas de los últimos años en especial la ley 9.040, como la ley 9.106 (que cumplió con la deuda constitucional) de enjuiciamiento por juicio por jurados, se afianzó el modelo acusatorio fuerte, es decir, adversarial.

En éste se impone junto con la independencia e imparcialidad del juez, la imparcialidad, como lo ha remarcado reiteradamente este Tribunal («Mopardo Dupox», «Murua Sosa», entre otros) y, en consecuencia, el acuerdo de las partes es fundamental: cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado, el Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan tramitando inmediatamente la petición y resolver fundada y oralmente en el mismo acto (art. 364); las partes podrán acordar o ser invitados por el juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral (art. 368) y en la audiencia de acusación (art. 417 quinquies), en la audiencia de detención y acuerdos del procedimiento en flagrancia (art. 439 bis)».

En esa oportunidad también destacué que «el juicio abreviado es el producto del acuerdo de las partes, es decir de una estipulación probatoria sobre la totalidad del hecho acusado y la pena convenida; donde si bien existe litigio, no hay controversia de las partes.

En consecuencia, además de asegurar al acusado su plena autonomía en la toma de la decisión, la comprensión del hecho atribuido, como del procedimiento, los alcances y efectos, el juez de garantías, debe ejercer el control de legalidad de la relación que existe entre la información aportada como los argumentos valorativos de la determinación de la pena y el juicio abreviado acordado que se solicita».

Sentado ello y en lo que aquí interesa, corresponde destacar que las disposiciones legales que regulan la tramitación del procedimiento abreviado en la etapa del plenario –es decir, cerrada la investigación penal preparatoria–, resultan de suma claridad.

Así, nuestra ley adjetiva dispone qué recaudos deben cumplirse para que resulte procedente el instituto aludido (art. 418 del CPP), el trámite a seguir (art. 419 del CPP) y las facultades que tiene el tribunal al momento de emitir su resolución (art. 420 del CPP).

En relación a esa última disposición, el texto legal resulta elocuente y no requiere de ningún esfuerzo interpretativo, en tanto establece que el tribunal tan sólo cuenta con dos alternativas: si está de acuerdo con la solicitud de procedimiento abreviado «dictará sentencia» y ésta «se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria»; y de lo contrario, **si no comparte el acuerdo al que arribaron las partes, «puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal (subrogante)».**

Es decir que, si el órgano jurisdiccional considera que los elementos de prueba incorporados durante la etapa de investigación no generan la convicción necesaria para la condena – que se ha pactado en el acuerdo de juicio abreviado mediante el reconocimiento de circunstancias de hecho y autoría– o bien, considera que la conducta reprochada no se adecua a una figura penal, la única posibilidad que tiene es rechazarlo y apartarse de su conocimiento.

Ello obedece a que sólo la absolución pronunciada tras un juicio de conocimiento pleno ofrece un mejor conocimiento de los hechos y a las partes les garantiza la igualdad y el contradictorio necesarios para concretar sus afirmaciones e intentar probarlas, lo que no se advierte en el caso bajo estudio.

La afirmación precedente no constituye ningún obstáculo para el dictado de sobreseimientos en aquellos casos en que se verifique alguna de las causales de extinción de la acción penal, donde no resulta necesario la realización del debate –como por ejemplo cuando se ha operado la prescripción de la acción penal–, pero no aparece conveniente en casos de valoración probatoria o en aquellos en que la conducta reprochada pueda ser subsumida en otra figura penal – como ha entendido el recurrente– en los que debe garantizarse a las partes el ejercicio de sus facultades procesales.

En síntesis, considero que en nuestro sistema procesal vigente de tipo acusatorio adversarial –a partir del proceso de reformas de las leyes 8.869, 8.896, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106, tal como señalé en los **precedentes «Lima» y «Oropel»**– no se genera ningún tipo de dudas respecto al significado de la regulación del instituto de juicio abreviado.

Conforme al mismo, ante un eventual desacuerdo con la solicitud de juicio abreviado acordado por las partes que se presentó a la jueza interviniente, ella sólo podía rechazarlo y apartarse de seguir entendiendo en los obrados.

Así, no estaba habilitado que, al margen del acuerdo presentado por las partes, actuara como en el viejo juicio escrito pleno del sistema inquisitivo, sin la producción de la prueba con intermediación y garantizando

el contradictorio e igualdad de armas de las partes. Esta actuación violó la intervención de las partes, en el sub lite del quejoso –Ministerio Público Fiscal– lo que se encuentra sancionado con la nulidad, incluso de oficio y en cualquier estado y grado del proceso (arts. 198 inc. 3 y 199 del CPP).

Al respecto, deben tenerse en cuenta además las disposiciones de nuestra Constitución provincial, en tanto establecen que «[l]as sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (**art. 149 C. Mza.**).

De modo tal que, en tanto resulte claro el texto expreso de la ley, los jueces no puede ir más allá de la única solución prevista por la norma aplicable al caso, y cuyos motivos han sido expresados oportunamente por el legislador.

En definitiva, las consideraciones precedentes ponen de manifiesto la existencia de vicios en la decisión impugnada que conlleva su declaración de nulidad (arts. 198 inc. 3 y 199 del CPP).

Por las razones precedentemente expuestas, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad con el resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de N° 2.178 y sus fundamentos.

Por las razones que motivan la nulidad, se impone que la sentenciante no siga interviniendo en el trámite del juicio abreviado en tanto corresponde su apartamiento (art. 204 del CPP).

En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la sentencia N° 2.178 y sus fundamentos, dictados por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Disponer el apartamiento de la jueza interviniente (art. 204 del CPP).
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. JOSÉ V. VALERIO DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de diciembre de 2021.-

Capítulo III.

Delitos contra la integridad sexual.

CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual.

1- REVECO NARAMBUENA. 22-02-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=660>

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Introducción de dedos. Retracción. Ausencia de lesión vaginal.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Expresa que no hay pruebas contundentes del abuso, solo el testimonio de la víctima.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1128, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio

- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177,
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Sobre este tópico menciona el **Dr. Adaro** los siguientes precedentes destacados en el fallo **Agüero Pérez**

- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- González Sosa»

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-05-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala. 19-11-99:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. J F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

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

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05344958-6/1((028601-771782)) F C/ R N P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105516277*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05344958-6/1, caratulada "F. C/ R N, J M P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

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

La defensa de J M R N interpone recurso de casación (fs. 185/194) contra la sentencia N° 1.128 (fs. 171 y vta.), y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-771782/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

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

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado los siguientes hechos: «[e]l día 16 de noviembre del 2019, aproximadamente a las 05:30 hs., en el domicilio sito en calle la ciudad de Malargüe, J M R N, discutió con su pareja, la Sra. N.M.F, a lo que J para ver si N. había estado sexualmente con otro hombre le bajó los pantalones y la bombacha y le introdujo sus cuatro dedos en la vagina, haciéndole doler. Acto seguido la empujó contra la silla, le dio un golpe de puño en el brazo izquierdo y una cachetada en el brazo derecho y en ambas mejillas de la cara, ocasionándole equimosis de 5 cm de diámetro en brazo derecho. Finalmente le manifestó que se fuera porque si no la iba a matar, ocasionando temor en la denunciante. Estos hechos ocurren con frecuencia, configurándose el contexto de la violencia de género».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de N.M.F, M. L. M., la licenciada Belén Aguilar, la Oficial Inspector Melisa Almonacid y el Auxiliar Mayor Rafael Rodríguez; la declaración del acusado; los informes de los exámenes psicológicos y del examen físico y ginecológico de N.M.F; el informe del examen psicológico y del examen psiquiátrico del acusado; el acta de procedimiento; la denuncia de la víctima y su declaración testimonial.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa oficial se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc 2 del CPP. En este sentido, considera que no se encuentra acreditada la autoría del acusado respecto al abuso sexual hacia la víctima.

Estima que el razonamiento del sentenciante resulta contrario a las reglas de la sana crítica racional, en tanto considera que la prueba de cargo sobre la que basó sus conclusiones evidenció inconsistencias y

contradicciones insalvables, que conducen a concluir que no se ha alcanzado el estado de certeza requerido para el dictado de la sentencia condenatoria.

En primer lugar, sostiene que el acceso carnal atribuido al acusado no se encuentra acreditado en la presente causa.

En efecto, la defensa considera que no está probado en ninguna prueba válidamente incorporada a la causa que «[...] J para ver si [N.M.F] había estado sexualmente con otro hombre le bajó los pantalones y la bombacha y le introdujo sus cuatros dedos en la vagina, haciéndole doler».

Agrega que ello sólo se sostiene en **los dichos de la víctima**, sin ninguna otra prueba objetiva que la respalde.

Así, manifiesta que la víctima nunca le refirió a los funcionarios policiales que intervinieron en el procedimiento, cuyo acta obra a fs. 1, que el acusado le introdujo los cuatros dedos en su vagina, sino sostuvo que R la golpeó -exhibiéndole al personal actuante su brazo izquierdo donde se observó un hematoma, a unos centímetros del hombro- y les refirió sentir dolor en otras partes del cuerpo, no especificando cuáles.

También hace referencia que del certificado médico de fs. 4, surge que el Dr. Manríquez Díaz Alan C. del Hospital Malargüe, le diagnosticó a la víctima hematoma en brazo izquierdo, pero no le constato lesiones anales ni perianales.

Asimismo, señala que del examen físico de fs. 43 surge que la víctima **no presentaba lesiones de aspecto reciente en la zona vaginal, anal y perianal**, por lo que el recurrente sostiene que en menos de 48 horas de producido el hecho se le realizó un examen médico y no se constató ninguna lesión en la zona genital de la víctima.

Agrega que de haber existido una agresión como la indicada por la víctima, indefectiblemente le hubiera dejado alguna lesión o marca, en tanto la víctima expresó que la supuesta introducción de los cuatros dedos le causó gran dolor (fs. 15).

También señala que la víctima le manifestó a la Lic. Aguilar que su pareja la habría agredido verbal y físicamente, y que en un momento le habría tocado sus partes íntimas por debajo de la ropa, pero afirma el recurrente que no le refirió la introducción de los dedos en la vagina.

Además, hace referencia que en el informe de fs. 92/93 surge que **no se advierten signos ni síntomas de estrés post traumático relacionado con un hecho de contenido sexual**.

En efecto, sostiene que la ausencia de lesiones genitales en el certificado médico no permite corroborar objetivamente el acceso carnal vía vaginal, por lo que considera aplicable el principio in dubio pro reo, en caso de duda sobre la responsabilidad debe resolverse a favor del acusado.

En segundo lugar, considera que la afirmación del sentenciante que **la víctima se encontraba en un ciclo de violencia no es cierta**, en tanto sostiene que de las pericias realizadas no se encuentra acreditada tal circunstancia.

Al respecto, señala que de la pericia psicológica realizada a la víctima por el Cuerpo Médico Forense de fs. 92/93 surge que, no se advierten indicadores psicológicos que demuestren que N.M.F este inmersa en un círculo de violencia.

Asimismo, menciona que del examen psicológico realizado al acusado surge que, al momento de la entrevista **no se observaron indicadores de violencia física hacia la denunciante**.

En tercer lugar, sostiene que existieron **inconsistencias en el testimonio de la víctima**, así señala que en el acta de procedimiento de fs. 1 la víctima dijo que «[...] el 16 de noviembre, R había salido con unos amigos y llegó muy ebrio a su casa, aproximadamente a las 06:30 hs, sosteniendo además que en dicha oportunidad comenzaron a discutir».

Asimismo, menciona que en la denuncia de fs. 15 la víctima sostuvo que «[...] el día viernes 15 de noviembre a las 22:00 hs. fue con R N a la casa del hermano de este y que se hicieron las 05:30 hs., llegaron a su casa, empezamos a discutir, yo no lo tuve miedo, él seguía alcoholizado, quería que yo tomara cerveza y le dije que no, me empezó a insultar».

El recurrente señala que existen **contradicciones en el relato de la víctima**.

Al respecto, considera que la versión racionalista de todo sistema orientado hacia la libre valoración probatoria exige siempre, y con independencia de la clase de víctima y del tipo de delito objeto de enjuiciamiento, la corroboración del testimonio de aquella, sin que los aportes de la perspectiva de género sirvan para incrementar el peso probatorio de tal testimonio.

En conclusión, solicita que la Suprema Corte de Justicia case la sentencia recurrida y dicte la absolución del acusado.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Al respecto sostiene que el a quo otorgó plena credibilidad a la denuncia de la víctima de fs. 16 y descartó los demás testimonios por cuanto no resultaban verosímiles, no aparecían creíbles y claramente estaban influenciados.

De tal manera, refiere que el juez de sentencia tuvo por probada la materialidad del hecho ocurrido, como la autoría en el hecho fue de R, con el relato de la víctima en la denuncia, el que fue corroborado con los exámenes físicos y psicológicos obrante en la causa y con la declaración de la hija de la denunciante.

Por lo señalado considera que el recurso de casación interpuesto no resulta procedente.

4.- La solución del caso.

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Paso a explicarlo.

Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la

ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuye el hecho que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual con acceso carnal. En él, la denunciante fue su ex pareja, N.M.F. De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades.

En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes

derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». A

sí, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)». Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre **no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».**

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber

jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «**Ojeda Pérez**»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas -conf. «Zurita»-.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto**, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. J F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) -conf. «Zurita»-.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento **en el principio de igualdad** y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo

que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero ésta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Ello, en tanto encuentra sustento en la totalidad de las pruebas rendidas, instrumental, declaraciones de la víctima, del imputado y demás testigos que declararon durante el debate y que el sentenciante valoró con perspectiva de género y conforme las normas de la sana crítica racional.

Es decir, detalló los elementos de convicción y los cotejó unos con otros de manera tal de llevar a cabo una **valoración integral y coordinada**. En efecto, entiendo que no existe ninguna duda sobre la contundencia convictiva que emerge de los elementos de prueba debidamente valorados, a fin de tener por acreditada la plataforma fáctica tenida por cierta por el juzgador.

Ello en tanto, se impone como conclusión lógica y razonada que el acusado le bajó los pantalones y la bombacha a la víctima y le introdujo sus cuatro dedos en la vagina. Por tanto, considero que no puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar la existencia del acceso carnal.

Por un lado, entiendo oportuno destacar que el juzgador trató correctamente, a mi entender, el tema relacionado a las dos versiones contradictorias respecto de cómo sucedieron los hechos, las que se ventilaron durante el transcurso de la investigación de la causa y en el desarrollo del debate.

Esto en razón que N.M.F en un primer momento en la Fiscalía manifestó que R N «[...] me agarró de los brazos me pechó contra la silla y me pegó una piña en el brazo izquierdo y un chirlo en el brazo derecho [...] me pegó un chirlo en las dos mejillas de la cara [...] me bajó el pantalón y la bombacha, me metió la mano, me introdujo los cuatro dedos en la vagina, como cuando le hacen tacto cuando uno va a tener un hijo» (fs. 16), luego en un segundo momento en la Fiscalía (fs. 78 y vta.) y en el transcurso del debate cambió radicalmente su versión de los hechos.

Así, en esta ocasión refirió que R le contó que se cayó contra la heladera porque se enredó con un cable y desmintió que el acusado le introdujo sus dedos en la vagina, agregando que eso lo expresó en un momento de rabia por celos.

Retractación.

Tal como se adelantó en el apartado 1 en cuanto a las consideraciones sobre valoración probatoria con perspectiva de género, debe decirse que el sentenciante explicó correctamente por qué razón consideraba más certera y más ajustada a la verdad real **la primera versión de los hechos**.

En este sentido, señaló que «[...] **se trata de un relato coherente, presenta una estructura lógica, da gran cantidad de detalles por lo que se torna creíble [...] si bien en el debate [N.M.F] se retracta**, se advierte claramente que se trata de un **discurso influenciado e impuesto**».

Con respecto a la segunda versión de los hechos el a quo refirió que «[...] no reúne ningún tipo de credibilidad atento a la **omisión de detalles esenciales** y por no tratarse de un discurso propio».

Igualmente debe señalarse que la primera versión de N.M.F, en cuanto a que el acusado le introdujo sus dedos en la vagina, se encuentra corroborada por el testimonio de la licenciada Belén Aguilar del Cuerpo Médico Forense prestado durante la audiencia de debate, quien manifestó que la víctima en la primera entrevista **fue muy clara, su relato fue creíble, por la cantidad de detalles, coherente y mantuvo una estructura lógica**.

La profesional específicamente expresó que la denunciante, en su primera entrevista, le expresó que su pareja le bajó los pantalones y la bombacha y le metió los dedos en su vagina para ver si había tenido relaciones sexuales con alguien.

Sin embargo, aclaró que en el informe de fs. 71 sólo hizo referencia que el acusado le habría tocado sus partes íntimas por debajo de la ropa, en tanto **no le pareció necesario dar tantos detalles** sobre el hecho.

Además, la licenciada Aguilar refirió que, **en la segunda entrevista** - donde se produce la retractación-, el relato de la víctima **no fue coherente ni propio**.

Así, en el informe del examen psicológico la profesional consignó en el punto N° 1 de su informe que «durante las entrevistas psicológicas periciales la Sra. [N.M.F] tuvo gran cantidad de contradicciones y modificaba su discurso a conveniencia, el relato no tenía una estructura lógica, dio pocos detalles, por lo que el relato vertido en la entrevista pericial se torna inverosímil» y en el punto N° 5 refirió que «la Sra. [N.M.F] podría estar siendo influenciada y/o presionada por terceros para modificar su relato» (fs. 92 vta.).

Asimismo, debe señalarse que **la primera versión de los hechos también se encuentra corroborada, por el testimonio de M L M, hija de la denunciante**, quien manifestó que su madre le contó que R le introdujo sus dedos en la vagina.

Es de resaltar, que M L M dio la misma versión al prestar declaración testimonial en la Fiscalía y durante la audiencia de debate.

Así, el tribunal de juicio destacó que su testimonio **fue espontáneo, veraz, creíble y coherente** durante todo el curso del proceso, y no se observó ningún tipo de **ganancialidad**.

En cuanto a la declaración del acusado, el sentenciante consideró, acertadamente, que **su relato no fue creíble de acuerdo a las reglas de la lógica**, en tanto el hecho que tuviera los dedos de la mano rígidos no descartaba que pudiera introducirlos en la vagina de la víctima.

Asimismo, advirtió que el acusado no presentó ningún certificado médico que acreditara la imposibilidad de introducir los dedos en la vagina.

Por otra parte, y con respecto al argumento de la defensa en relación a que la víctima, según el informe médico de fs. 43, no presentaba lesiones de aspecto reciente en la zona vaginal, anal y perianal, resulta válido el razonamiento que efectuó el sentenciante.

Ausencia de lesión vaginal.

Ello, toda vez que consideró que esa falta de lesión vaginal se debía a que la víctima es una persona adulta, de más de 50 años de edad, que tenía tres hijos, que sus órganos se encontraban desarrollados y que, por otra parte, el acto fue realizado en un contexto de violencia, es decir, fue obligada a sentarse en una silla para verificar si había tenido relaciones sexuales con otra persona, por lo que la introducción de los dedos **no fueron realizados con una violencia propia** que dejara secuelas, sino que fue realizado para verificar si había tenido relaciones con otra persona -de modo similar a cuando los médicos hacen tacto para verificar el estado de embarazo de una persona-.

De esta manera, la lesión vaginal no puede ser, según estimo, **un requisito ineludible para tener por acreditado el acceso carnal**, en tanto en el caso concreto existen suficientes razones, tal como las analizó el sentenciante, para afirmar que el acusado le introdujo sus cuatros dedos en la vagina de la víctima. Por último, estimo que tampoco debe prosperar el agravio dirigido a cuestionar las contradicciones en el relato de la víctima.

Así, el recurrente señaló que la víctima en el acta de procedimiento manifestó que «[...] R salió con unos amigos y llegó muy ebrio a las 06:30hs aproximadamente» (fs. 01), y en la denuncia expresó que «[...] nos fuimos a la casa de su hermano, se hicieron las 05:30hs., llegamos a su casa» (fs. 16).

Esto por cuanto estimo que el recurrente no explica **de qué manera esas contradicciones desvirtúan el plexo probatorio** analizado por el sentenciante.

Es decir, la defensa menciona el agravio sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Sin perjuicio de ello, considero que las diferencias destacadas por la defensa, en cuanto a si R llegó solo a su domicilio o en compañía de la denunciante y el horario del arribo, no tienen la entidad suficiente para anular la sentencia impugnada, toda vez que del análisis del plexo probatorio el sentenciante tuvo por probada la materialidad del hecho ocurrido, como fue relatado en primera instancia por N.M.F.

En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto el sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó con perspectiva de género y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J M R N.

Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (**ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros**), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, Caso del penal **Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso **Fernández Ortega y otro vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

Asimismo, señalé en el precedente «**Galdeano Reyes**», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de **vulnerabilidad** que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J M R N.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

2- GONZALEZ ORTEGO. 26-02-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	EG Conv	NNA	-	PCE	-	EGT	A	-	CR CI	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=658>

Lex: Art. 119 1° y 4° párrafo inc. a, b y f, en función del art. 55 a contrario sensu; 54; 125 párrafos 1° y 3°; art. 119 2° y 4° párrafo inc. b y 42 del CP. Art. 75 inc. 22 de la CN.

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado. **Daño en la salud. Encargado de la guarda. Convivencia. Delito continuado. Concurso ideal.** Promoción a la corrupción agravado. **Concurso real.** Abuso sexual gravemente ultrajante agravado. Tentativa. **Suicidio.**

Summa:

El **TPC** condenó al señalado **trece años de prisión**, por resultar autor de los delitos de abuso sexual agravado por haber causado un grave daño en la salud mental de la víctima, haber sido cometido por el encargado de la guarda y en perjuicio de un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, bajo la modalidad de delito continuado, en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por ser el encargado de la guarda, delitos que concurren de manera real con el delito de tentativa de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda. Se revocó una condena de ejecución condicional que sobre él pesaba y el Tribunal impuso **pena única de 15 años de prisión (Art. 58 CP)**.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Aduce que el abuso no es gravemente ultrajante y afirma que no existió daño en la salud del SP.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1105 pronunciada por el TPC 1°- 2° CJ.*

Precedentes citados

Sobre el concepto de guarda ver Castillo Ezequiel y Díaz Castro de la Segunda Cámara del Crimen, entre otros.

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- L.S. 393-243, 382-107, 381-233
- Sierra Giordano. 24-08-83:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=ODMxOTkxNTk=&tabla=c2>

M=

Hay delito continuado cuando se da: **a) unidad de resolución, b) pluralidad de acciones y c) unidad de lesión jurídica.** No es un verdadero concurso de delitos, sino un delito sólo, revestido de una forma especial por cuanto en él únicamente se observa la variación de un elemento secundario, el modo de comisión, subsistiendo los elementos primarios en su unidad, lo cual se opone a la multiplicación de

los delitos, por el principio "non bis in idem". Las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola.

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

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05342717-5/1((028601-10856)) FC/ G O I X P/ ABSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL RESULTADO DE UN GRAVE D EN LA SALUD MENTAL DE LA VICTIMA (10856/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105513640*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 045342717-5/1 caratulada "F. C/ G O, I X P/ ABUSO S/ CASACIÓN".

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

El defensor oficial de I X G O interpone recurso de casación (fs. 624/627) contra la sentencia N° 1105 en tanto condena al nombrado a la pena de trece años de prisión, por resultar autor de los delitos de abuso sexual agravado por haber causado un grave daño en la salud mental de la víctima, haber sido cometido por el encargado de la guarda y en perjuicio de un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, bajo la modalidad de delito continuado, en concurso ideal con el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por ser el encargado de la guarda (art. 119 1° y 4° párrafo inc. a, b y f, en función del art. 55 a contrario sensu, 54 y 125 párrafos 1° y 3° del Cód. Penal), delitos que concurren de manera real con el delito de tentativa de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda (arts. 119 2° y 4° párrafo inc. b, 42 Cód. Penal), y revoca la condicionalidad de la pena impuesta por la Sala Unipersonal N° 4 del mismo tribunal y la unifica en la pena única de quince años de prisión, pronunciamiento dictado por la Sala Unipersonal N° 5 del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia condena por los hechos los hechos ocurridos en San Rafael, Mendoza, en el período que va desde setiembre de 2005 a principios de enero de 2006 y establece, de conformidad con la acusación, que después del 13 de setiembre de 2005, el imputado, recién arribado al país desde el extranjero, se alojó en el domicilio de su prima N C, sito en San Rafael, pernoctando en una habitación que compartía con GEC, de diez años de edad para entonces.

El imputado engañó al niño aduciendo que le enseñaría cómo higienizarse el pene, consiguiendo que se lo mostrara y se lo tocara en su presencia. Luego lo invitó en una cantidad indeterminada de veces, en horario nocturno, a acostarse en su cama y en otras oportunidades se acostó él en la cama del menor, tocándole el pene, bajándole el prepucio y provocándole erecciones.

Por último, volviendo de un viaje el imputado le dijo que si quería verle su pene y cómo se tocaba para enseñarle con el ejemplo, a lo que el niño se negó. Para la misma época, concurrió un día de visita al domicilio referido, el niño JMVC, de 9 años de edad, que estaba entusiasmado por pasar un tiempo con un tío que había venido de visita, o sea, con el imputado.

Ese día el niño acompañó al imputado en un vehículo Renault 12 de propiedad de la dueña de la vivienda hasta un supermercado, oportunidad en la que en forma reiterada le introdujo un dedo en la boca, progresando en su accionar hasta tomarlo del cuello con la mano derecha introduciéndole el dedo índice en la boca, pidiéndole que pasara la lengua por el dedo.

Esa noche el imputado y el niño JMVC pernoctaron en la misma habitación, donde luego de acostados cada uno en una cama conversaron hasta que en un momento el primero se levantó y se sentó en la cama donde estaba acostado el niño, introduciéndole un dedo en la boca mientras le manifestaba que lo hiciera, que no pasaba nada, que no tuviera miedo, pidiéndole que cerrara los ojos y notó que el imputado mientras le introducía el dedo en la boca tenía su pene en su otra mano cerca de su cara, intentando introducirse en la boca, lo que no consiguió por causas ajenas a su voluntad, ya que la víctima quiso levantarse de la cama, lo que le impidió el imputado, presionándolo con sus manos en el pecho. El niño forcejeó y logró levantarse para luego encerrarse en un baño, donde permaneció hasta que el imputado se durmió. Con posterioridad, el niño atentó contra su vida en varias ocasiones.

2.- Recurso de casación.

Se queja el defensor porque la sentencia es nula, ya que no fueron observadas las reglas de la sana crítica racional en la valoración de pruebas decisivas.

Apunta que una de las víctimas –GEC– hizo una exposición clara de los hechos, donde se pudo observar a una persona extrovertida, de donde se deriva una incongruencia con lo que expusieron los peritos, en especial la licenciada Pizarro, que identificó como **efectos traumáticos**, desde problemas sexuales, tendencia a retrotraerse e inmadurez emocional, todo lo contrario a lo que demostró esa víctima, a quien su familia definió como un sujeto normal, por lo que no han dejado secuelas en él los abusos, en el supuesto que los hechos fueran ciertos.

Aduce que ese presunto abuso no fue gravemente ultrajante ni afectó la salud mental de la víctima con respecto a las relaciones sexuales, dado que planea casarse y tener hijos, lo que impide considerarlo una persona traumada; que no fue afectada psíquicamente por los supuestos hechos que vivió con el imputado en el pasado.

Sobre la víctima JMVC, apunta que el Lic. Habijan dijo que su estado de salud mental no responde exclusivamente a lo vivido con el imputado. Indica que también este joven es una persona normal, y que no sólo estos supuestos hechos son los causantes de su alteración psicológica. Concluye en que en este caso tampoco se pudo demostrar que el abuso fuera gravemente ultrajante, ni el daño en su salud mental. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque no encuentra asidero frente a la fundamentación de la sentencia, que contempla las pruebas rendidas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los efectos de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que para conllevar tal extrema solución, aquéllas deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en autos no ocurre (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**).

En efecto, el tribunal a quo ha evaluado la totalidad de prueba rendida, de conformidad con el método de unidad de la prueba adoptado por este Cuerpo, que se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros**), que es lo que ha acontecido en este caso.

Así, el agravio del recurrente en torno al cual elabora toda su crítica, esto es, que la inferior «[...]no ha realizado una valoración globalizadora que permita resolver mediante la sana crítica racional» (recurso, fs. 626 vta.), prescinde de las constancias de autos.

Por su parte, y en atención a la naturaleza y circunstancias que rodearon los delitos que se le endilgan al encartado en concurso real –abuso sexual llevado a cabo sobre dos niños, mientras a la noche dormía con ellos en una habitación de la casa de la abuela de los mismos, cuya puerta cerraba al momento de cometer los hechos, vivienda en la que por ser pariente, fue acogido temporalmente–, constituyeron pruebas decisivas, las declaraciones de las víctimas y las pericias que se les practicaron, que dan cuenta que no fabulan.

Ello por cuanto este tipo de delitos tienen lugar generalmente en ausencia de testigos, revistiendo por ello una particular relevancia sus dichos y los exámenes psicológicos y psiquiátricos, según se ha dicho reiteradamente.

En el caso de autos, integran también el contexto probatorio, entre otros elementos, los testimonios de familiares que desconocían la existencia de los abusos, que dan cuenta de la exactitud de los datos que los denunciadores aportaron, permitiendo reconstruir esos hechos del pasado.

También analiza la inferior, desechando su veracidad, la declaración del acusado que niega haber cometido los hechos que se le atribuyen, a la luz de las pericias que se le practicaron y a las testimoniales brindadas durante el debate por los expertos que lo peritaron, quienes además enumeraron los daños que sufrieron los querellantes.

Este contundente cuadro cargoso no sufre modificación por las expresiones del quejoso, referidas a que observó a la víctima GEC en el debate, comportarse como una persona normal y extrovertida, en contra de la tendencia a retrotraerse, que señala como uno de los efectos traumáticos de un abuso.

En este sentido, esgrime que por tener una profesión y un proyecto de vida junto a su novia, el delito que se le imputa a su pupilo, no ha dejado secuelas en él, en contra de las probanzas incorporadas, que dictaminan no sólo a favor de la credibilidad de su relato, sino también sobre que presenta consecuencias de abuso, tales como inseguridad en sus relaciones sexuales y trastornos disfuncionales en esta área.

En la misma dirección, los dichos del quejoso sobre la otra víctima, JMVC, relativos a que el psiquiatra manifestó que su estado mental no responde exclusivamente a lo vivido con el imputado, o bien negando que los abusos sean gravemente ultrajantes y aseverando sobre JMVC, que al igual que GEC, es «[...] también un chico normal» (recurso, fs. 626 vta.), carecen de entidad para modificar la condena. En primer lugar, porque **son opiniones personales del impugnante sin sustento**, y luego, porque soslayan los fundamentos y las constancias de autos.

Efectivamente, no se condenó al encausado por el delito de abuso sexual agravado por causar un grave **daño en la salud**, respecto de JMVC, en razón de lo que surgió de alguna de las pruebas incorporadas (fundamentos, fs. 606 vta.), no obstante que la **perito psicóloga** dio cuenta en su presentación de fs. 329 vta. así como en su exposición durante el debate, que los hechos en juzgamiento perturbaron el normal

desarrollo sexual de la víctima prementada, quien atentó contra su vida en más de una oportunidad, y la construcción de su identidad sexual, determinando que **presenta un trauma de índole sexual**.

Y en este caso, considera la **juzgadora que es gravemente ultrajante el abuso, en grado de tentativa**, toda vez que quedó probado que el enjuiciado pretendió introducir en la boca del menor su miembro viril, que ya había desvestido, mientras le decía que mantuviera los ojos cerrados y se hacía succionar el dedo, accionar que se detuvo en el momento en que el niño lo advirtió y se resistió, huyendo hacia el baño de la casa, donde se refugió.

Por su parte, el delito que tuvo como sujeto pasivo a GEC no se subsumió en la calidad de gravemente ultrajante, pero le provocó graves trastornos mentales que perduran en la actualidad, **iniciándolo prematuramente en prácticas sexuales**, impidiendo el normal desarrollo de su sexualidad, toda vez que padece falta de erección y eyaculación precoz, que requieren tratamiento aún al día de la fecha, según los expertos y el testimonio de su novia.

Resta decir que en ambos casos el imputado se encontró a cargo de la guarda de los menores –**agravante que no fue cuestionada específicamente en el recurso**–, manifestándole a GEC, quien no tenía padre, que los actos que se le endilgan, eran para enseñarle a higienizar correctamente sus partes íntimas, aprovechando en definitiva el estado de indefensión y de vulnerabilidad de ambos menores.

Derechos de NNA

Al respecto he dicho que «[...] no puedo dejar de tener en cuenta que entre los Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la C.N. se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que establece un amparo genérico hacia ellos y obligaciones hacia el Estado argentino y en consecuencia a su gobierno (Legislativo; Ejecutivo; y Judicial) y entre estas, se encuentra la necesidad de adoptar medidas apropiadas para **proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos** o explotación, incluido el abuso sexual (art. 19), que debe entenderse siempre que el niño esté en custodia (de cualquier persona o institución) y con relación al accionar de toda persona» (expedientes Castillo Ezequiel y Díaz Castro de la Segunda Cámara del Crimen, entre otros).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

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

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

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

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de I X G O.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

3- PORCEL VALERO. 09-03-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° y 4° párrafos, incs. b y f en función de los arts. 54 y 55, todos del CP. Convención Belém Do Pará". Ley 24632. Ley 26485. UNODC. UNICEF. Acordada 29318.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. SP: Víctima menor de edad. SA: Ascendiente. Convivencia. Delito continuado. Concurso real. Concurso ideal. Violencia de género.

Abuso sexual infantil.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión**, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; y abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; los tres hechos delictivos en concurso real (arts. 12, 29 inc. 3., 45 y 119 párr. 1, 2, 3 y 4, incs. b) y f) en función de los arts. 54 y 55, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. A su juicio, el Tribunal valoró arbitrariamente el testimonio de la denunciante, al no estimar debidamente las contradicciones en su relato referidas a la estructura de los hechos y cantidad de los mismos.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 656, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio

I- Sobre la nulidad de sentencia.

Reiterada jurisprudencia de este Cuerpo se expresa en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, la sentencia debe adolecer de defectos que equivalgan a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**). En el presente caso hay una mera discrepancia con la valoración del a quo.

- L.S. 388- 219
- L.S. 381-233; 382-107; 388- 219; 398-42

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

II- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género. Deber jurídico.

- Teves Lucero. 05-07-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- «Italiani»
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita Abrego. 11-09-20. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

Dr. Palermo

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narváz Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- «González Pringles»
- Muñoz García. 07-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=223>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>

Doctrina citada.

LONG SABORIO, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes.

MONTELEONE, Romina, «Abuso sexual infantil. La retracción de la víctima y sus consecuencias procesales», 2009.

Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 2003.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18

Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20.

Parágrafos destacados

“No cabe duda de que cuando hablamos de delitos sexuales, su característica principal es la clandestinidad, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado. Se trata de hechos que se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas en los que, además, suele ocurrir con frecuencia que tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético. Por tal motivo, el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Cuando en ese escenario fáctico se adiciona que la víctima es una mujer, tal como se verifica a través de las constancias de la causa que se tienen a la vista, ello determina que el caso se enmarque dentro lo que supone la violencia en contexto de género, lo que refuerza –como dato incontrastable de la realidad– el valor sustancial que tiene el testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos –delitos contra la integridad sexual–”.

“...la doble condición de vulnerabilidad que atraviesa a estas personas, las hacen titulares, a su vez, de una doble protección jurídica de parte del Estado, dado que cada una de esas condiciones (mujer y niña) demandan un especial resguardo por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso”.

“...no resulta necesario demostrar ni comprobar la existencia de determinados y particulares indicadores, como los que señala la defensa, para tener por acreditados hechos de abuso sexual. Dicho en otros términos, no se requiere que un examen o pericia deba demostrar un perfil o una patología de «abusador sexual» para demostrar la intervención de una persona en hechos como el que es objeto de análisis en las presentes actuaciones. Tampoco ello es necesario para fundamentar una condena por esta especie de comportamientos delictivos a un menor de edad”.

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

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05019214-2/1((028601-84453)) F. C/ P. V. E. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO CON ACCESO CARNAL POR EL VINCULO Y LA SITUAC. DE CONV. (84453/13) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105184118*

En Mendoza, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05019214-2/1 caratulada “FC/ P. V., E. A. P/ ABUSO SEXUAL ...S/ CASACIÓN”.

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

A fs. 740/761, los defensores del acusado E. A. P. V. interponen recurso extraordinario de casación contra la **sentencia N° 656 de fecha 10 de octubre de 2019** (fs. 703/704) y sus fundamentos (fs. 707/730), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; y abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en la modalidad de delito continuado; los tres hechos delictivos en concurso real (arts. 12, 29 inc. 3., 45 y 119 párr. 1, 2, 3 y 4, incs. b) y f) en función de los arts. 54 y 55, todos del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial actuando en colegio en el marco de los autos N° P- 284.453/13.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios **SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN**, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, al entender que las pruebas producidas e incorporadas a la causa permitían tener por acreditado que los hechos sucedieron del siguiente modo, a saber: «[q]ue en fecha no determinada, pero que podría circunscribirse a cuando K. R. P. T. tenía entre trece y quince años de edad, en el domicilio situado en calle ... del Barrio, provincia de Mendoza, en ocasión en que su progenitora no se encontraba en el domicilio, su padre E. A. P. V. ingresaba al baño de la vivienda cuando se estaba bañando su hija K.R. P., y aprovechándose de la especial posición de superioridad que tenía sobre la víctima, llevo a cabo –sin su consentimiento- tocamientos sobre los pechos y la vagina de la niña». «En otra oportunidad, sin poder precisarse la fecha, pero que sería también cuando la víctima K. R. P. T. tendría trece años de edad, en ocasión en la que se encontraba en el baño, el imputado E. A. P. V. tomó a K. R. P.T. con fuerza, agarrándola de los brazos para que no pudiera defenderse. En ese momento P. comenzó a tocar a su hija, como así también, tomaba la mano de la niña, obligándola a que le tocara su miembro viril y que lo masturbara hasta eyacular, aprovechándose de la especial posición de superioridad que tenía sobre la víctima y sin el consentimiento de la misma».

«Asimismo, en fecha que tampoco pudo precisarse, pero que sería antes de que K. R. P. T. cumpliera los catorce años, un día en que su madre se encontraba trabajando y sus hermanos G., P. y L. P., estaban jugando en la calle, K. R. P. T. se hallaba fuera de su domicilio antes indicado, junto con sus amigos, cuando E. A. P. V. la llamó para que ingresara al interior de la propiedad señalada con la excusa de que debía ir a comprar, y cuando la misma se encontraba adentro, la tomó del brazo y la ingresó por la fuerza al dormitorio matrimonial, allí procedió a tocarla por todas partes, le rompió la remera y le bajó el pantalón de jogging que tenía junto con la ropa interior. Seguidamente, P. se bajó [el] pantalón y su ropa interior, arrojó a la niña a la cama matrimonial y se le subió encima, y con sus rodillas sujetó las piernas de la niña y se las abría, mientras que le sujetaba los brazos, la accedió carnalmente, penetrándola con su miembro por la vagina, valiéndose de la situación de superioridad el autor y sin mediar consentimiento de la víctima». «En otras oportunidades, en fechas que no se pueden determinar, pero que sería entre los trece y quince años de K. R. P. T., en las ocasiones en que su madre no estaba en la casa del domicilio supra indicado, continuaba accediéndola carnalmente a la víctima siempre por la vagina, y en alguna[s] oportunidades intentaba que la joven le practicara sexo oral y, ante la negativa de su hija, P. colocaba su pene en la boca de la niña, por la fuerza y comenzaba a moverse dentro de ella, como así también, introducía sus dedos en la vagina, todo ello sin el consentimiento de la joven y siempre valiéndose de la situación de superioridad en la que se encontraba con respecto a K.». «Los abusos sexuales con acceso carnal se dieron en varias ocasiones, por lo menos tres o cuatro, en una de ellas el imputado usó preservativo, en otra eyaculó adentro.

Estas situaciones de abuso –en distintos grados– pero en mayor medida los tocamientos en los pechos y la vagina, por debajo y por encima de la ropa, y la introducción de los dedos del padre en la vagina de la niña, se prolongaron hasta que K. R. P. T. alcanzó los quince años y sus padres se separaron». «Cabe destacar que, durante los actos de abuso, el padre maltrataba a la niña, la insultaba, denigraba y también amenazaba que la iba a matar, a ella, a sus hermanos y a su madre. Así, la joven, por miedo, nunca manifestó sobre los distintos hechos de abuso, por las amenazas sufridas; hasta que, alcanzada la mayoría de edad, y por diversos motivos, formalizó la denuncia que dio origen a la presente causa, ello en fecha 20 de diciembre de 2013» (ver fundamentos, fs. 722 vta./723). Para así decidir, el tribunal de juicio consideró que los acontecimientos que fueron objeto de la acusación resultaron demostrados, más allá de toda duda razonable, a partir de la credibilidad asignada al relato de la víctima, cuyos términos estimó corroborados a través de los restantes elementos de prueba que confirmaron su versión.

Ello, en particular, con los testimonios recogidos durante el debate de los profesionales forenses que entrevistaron a la víctima durante la investigación penal preparatoria, quienes elaboraron los diversos informes psicológicos, psiquiátricos y médicos que fueron incorporados a la causa como prueba instrumental. En el orden señalado, la sentencia repasa –principalmente– las declaraciones de la Lic. Roxana López Dardanelli, de la Dra. Adriana Gómez, del Dr. Roberto Cesario, de la Lic. Stella Mathus y del Dr. Julio Herrera, todos ellos integrantes del Cuerpo Médico Forense que suscribieron los informes que rolan agregados a fs. 27 y vta., fs. 32 y vta., fs. 36 y vta., fs. 302, y fs. 644 respectivamente. Asimismo, pondera con diverso valor, los testimonios de las psicólogas Rosanna De Stefani y Adriana Airaldi, que entrevistaron a la víctima en diversas oportunidades, además de la declaración del Lic. Marcos Collado –profesional del Suppid– que realizó el informe obrante a fs. 04/08 de la pieza administrativa identificada como N° 1796-P/10 de la D.I.N.A.F Zona Sur –llegada a los presentes en carácter de A.E.V.–. El cuadro probatorio cargoso se completa, además, con el testimonio de la progenitora de la víctima efectuado en el marco de la investigación penal preparatoria –H. T.– (fs. 33/34 vta.), siendo incorporado por lectura

dado que aquélla había fallecido de manera previa al debate; con la declaración de G. O., quien fuera pareja de la denunciante; y, por último, con los restantes elementos de juicio incorporados debidamente al debate.

A partir de ese entramado probatorio, el tribunal a quo le restó peso convictivo a las declaraciones prestadas en juicio por la Lic. María José Matar y de Carlos Morbidelli, psicopedagoga y director respectivamente del colegio , donde concurría la víctima y sus hermanos, y desacreditó la versión exculpatoria ofrecida como descargo por el acusado.

2.- Recurso de casación

Los defensores particulares del imputado formulan recurso extraordinario de casación contra la sentencia reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido. En general, los recurrentes consideran que la pieza puesta en crisis carece de una debida fundamentación, vicio que derivan de la inadecuada valoración del plexo probatorio que acompaña la causa, por ser esta parcial, direccionada y omisiva, todo ello en perjuicio de la situación del imputado.

Sostienen que la resolución en crisis no responde a construcciones lógicas ni razonadas, ni respeta las reglas de la sana crítica racional, especialmente el principio de razón suficiente, dado que las pruebas incorporadas no acreditan con certeza la existencia material de los hechos investigados, al no descartar otras hipótesis explicativas de los mismos.

En particular, plantean los siguientes **puntos de agravio**:

a. Consideran que el tribunal de juicio valoró arbitrariamente el testimonio de la denunciante, al no estimar debidamente las contradicciones en su relato referidas a la estructura de los hechos, las que lo privan de las calidades de precisión y credibilidad reconocidos en la sentencia, mostrándolo como falaz.

Señalan que esas discordancias se observan, entre otros aspectos, en cuanto a la **cantidad de veces** que la denunciante dijo que se habían producido los acometimientos sexuales con acceso carnal.

Así, señalan que en su primera declaración dijo que ello había ocurrido sólo en dos oportunidades, que en ambos casos eyaculó en su interior y que en una de esas veces el acusado había utilizado preservativo. Mientras que, en su exposición posterior, modificó ese aspecto cuantitativo al especificar que fueron varias las veces en que hubo acceso carnal, reiterando que en dos de esas ocasiones hubo eyaculación dentro de su vagina.

Luego, durante la realización del debate, la dicente mencionó que fueron pocas las veces en las que hubo penetración.

Por último, **en el marco de entrevistas con los medios de comunicación de la prensa local**, la deponente manifestó públicamente que sólo hubo abuso sexual con acceso carnal una única vez.

También constatan discrepancias en cuanto al modo en que la denunciante dijo que su progenitora había tomado conocimiento de los hechos de abuso sexual.

Ello pues durante su declaración durante la instrucción manifestó que fue la psicóloga de la Policía Comunitaria –**Lic. Airaldi**– quien le contó a su madre de acerca de los abusos, y que fue ésta quien, a su vez, se lo comunicó al sacerdote del colegio para que hablara con ella.

Pero, señalan, esa información fue modificada durante el juicio, oportunidad en la que declaró que había sido ella quien **se lo contó en terapia a la referida profesional** pero que, cuando ésta le expresó que le iba a contar a su madre, la denunciante le pidió que no lo hiciera.

Expresan que también existen divergencias en cuanto a la descripción de las circunstancias de realización pues, si bien la denunciante se refirió al hecho que tuvo lugar mientras estaba con amigos y sus hermanos

afuera de su casa, oportunidad en la que su padre la ingresó por la fuerza al interior de la vivienda, la golpeó y la abusó sexualmente con acceso carnal, y que todo ello se dio en un contexto de gritos e insultos, no existe ninguna prueba que acredite ni esos gritos, ni tampoco la presencia de supuestos amigos en ese lugar. Sobre este mismo aspecto, agregan que si bien ella afirmó que los abusos se cometían siempre los martes en horas de la tarde, porque su padre trabajaba de noche y tenía esos días libres de su trabajo, esta información fue desmentida por el dueño del local comercial en el que trabajaban tanto el imputado como su entonces esposa.

Este testigo afirmó que P. V. trabajaba durante las mañanas, y que los días francos los acomodaba para que coincidieran al matrimonio.

A lo que agregan que, si bien no está determinado en qué momento ocurrían los abusos, si la denunciante, con trece años de edad, sabía que el día martes le podía pasar algo que ella no deseaba, porqué se bañaba conociendo lo que le iba a ocurrir como cada martes, según ella lo refirió. Interpretan «que cualquier persona con esa edad, buscaría cualquier excusa para no hacerlo e irse».

Cuestionan ese análisis respecto de la mención que hace la denunciante cuando se refiere a que los abusos se produjeron cuando ella tenía entre trece y quince años de edad, haciendo coincidir temporalmente esos sucesos con la realización de viajes de su madre a la provincia de Buenos Aires para comprar ropa y, además, con el estado de embarazo de su hermano P.. Los impugnantes advierten que esto no es cierto ya que, según lo explicó el imputado, si bien esos viajes los realizaba su esposa cuando se encontraba embarazada, ello ocurrió entre los años 2003/2004, es decir, antes de las fechas de los supuestos abusos (2008/2010).

Destacan que **tampoco es creíble la denunciante** cuando declaró que el último episodio de abuso sexual se produjo en el interior de una casilla rodante, cuando se encontraba junto a sus hermanos en V.G., en el marco de una visita que mantenían con su progenitor de acuerdo al régimen establecido. En su descripción de ese evento, dijo que sólo hubo tocamientos del acusado desde el torso de su cuerpo hacia arriba, específicamente en sus pechos.

En cuanto a este punto, de acuerdo a lo relatado por el acusado y por el hermano de la dicente –L. P.– los defensores descartan que exista prueba que acredite que su representado estuvo a solas con su hija en el interior del rodado, descartando desde allí la existencia de ese hecho.

Advierten otra contradicción cuando la supuesta víctima dice que expuso lo que estaba viviendo con su padre a las autoridades del colegio al que concurría, y que ello lo hizo en el marco de una confesión, el propio sacerdote O. negó haberla confesado, según se desprende de su declaración de fs. 434.

Entienden que las inconsistencias del relato también se observan cuando indicó que el imputado había utilizado un preservativo, pues ello no resulta creíble dado que, a la vez, describió que en esa oportunidad su padre la había reducido con sus manos y piernas.

Con lo que consideran que la incompatibilidad mecánica entre ambos comportamientos revela la falta de veracidad del relato de la joven, dado que la colocación de ese medio de protección requiere la utilización de ambas manos.

Destacan que si bien la denunciante dijo que su primera relación sexual la tuvo después que falleció su madre con quien fue su primer novio, en referencia de G. O., lo que habría sucedido durante el año 2015, ello se contradice con lo declarado por la psicopedagoga del colegio –Lic. María J. Matar–, quien afirmó que tenía conocimiento de que aquella mantenía relaciones sexuales con otros chicos por comentarios, agregando que incluso le dijo que se cuidaba.

Expresan que, a través del testimonio de la misma profesional, también se puede contradecir la versión que dio la denunciante sobre el episodio de la escuela.

Ello por cuanto, si bien dijo que su padre se quiso «robar» a sus hermanos y llevarla a ella por la fuerza, esto fue desmentido por la psicopedagoga al negar que Porcel se hubiere comportado de ese modo. Agregan que el tribunal omitió valorar el contenido de una carta escrita por la denunciante a sus padres cuando estos se encontraban realizando un **retiro espiritual** previo a su separación, contemporáneamente con la fecha de los supuestos abusos, en la se refería a ellos con palabras de afecto. Entienden que el **nivel de paranoia y ensañamiento** que tiene la denunciante contra el imputado se evidencia en el hecho de que le atribuye responsabilidad en el homicidio de su madre, siendo que los verdaderos autores de ese crimen ya fueron condenados y, además, se encuentran detenidos.

Todos estos aspectos, entrelazados con la indudable situación de violencia que se daba en el seno familiar, les permiten a los recurrentes advertir que el relato de la supuesta víctima no es más que una invención de su parte, y que la denuncia estuvo dirigida a mantenerse, tanto ella como sus hermanos, alejados de su progenitor.

b. Cuestionan que el tribunal a quo no valoró a favor del imputado la declaración que hizo la progenitora de la denunciante –H.T.– durante la investigación penal preparatoria (fs. 33/34), pese a que su contenido contradice el relato de su hija. Precisan la contradicción en cuanto al modo en que aquélla tomó conocimiento de los hechos pues, de su declaración, se desprende que lo hizo directamente de su hija, luego de acompañarla a radicar la denuncia en sede policial, y de que la revisaran en el Cuerpo Médico Forense de San Rafael.

Esa inconsistencia, según la tesis defensiva, **no puede ser justificada a partir del supuesto trauma vivido** como lo explica la sentencia, pues ese argumento resulta arbitrario y violatorio del in dubio pro reo.

c. Destacan que la denuncia se radicó el mismo día en que, en horas de la mañana, había iniciado el trámite ante el Registro Civil de adhesión del apellido materno. De manera tal que la consignación marginal posterior que se hace en su partida de nacimiento, a diferencia de lo que interpreta el tribunal de juicio, sólo indica la fecha a partir de la cual comenzará a figurar en lo sucesivo el nuevo apellido.

d. Critican la valoración que realiza la sentencia respecto de los informes elaborados por los distintos profesionales que examinaron a la denunciante, así como sus declaraciones vertidas durante la audiencia de debate. En esa perspectiva crítica, aducen:

d.1. Omisión de valoración del informe del Cuerpo Médico Forense de San Rafael comunicando la inasistencia de la denunciante al turno dado

d.1. Omisión de valoración del informe del Cuerpo Médico Forense de San Rafael comunicando la inasistencia de la denunciante al turno dado (fs. 10), además del adelanto de la entrevista que le realizó la Lic. López **Dardanelli** en fecha 10/12/2013, desde donde se informa sobre la falta de detalles en el relato de los hechos, la evasión de respuestas ante preguntas referidas a la cantidad de episodios y, por último, la falta de repercusión emocional acorde con los hechos denunciado (fs. 11).

Cuestionan que el tribunal a quo se haya remitido al informe elaborado por la mencionada profesional a fs. 27 pese a que, en su testimonial en debate, dio como hipótesis de la falta de sentimientos en la entrevistada a que el hecho de abuso no hubiera ocurrido.

d.2. Errónea valoración del examen psiquiátrico realizado por el Dr. Roberto Cesario.

Expresan que la explicación que realiza el tribunal de juicio para asignarle validez a su deposición se basa en aspectos que no se encuentran detallados en el informe psiquiátrico realizado por ese profesional (fs. 36).

Se quejan de que, en su deposición durante el debate, el médico siempre se refirió a aquello que la denunciante refería en el marco de la entrevista. A lo que agregan que no se tuvo en cuenta en la sentencia que vinculó el cuadro de maltrato como causa de repercusión psicológica y traumática.

d.3. Errónea ponderación del examen físico practicado por la Dra. Adriana Gómez.

Señalan que esa profesional se refirió en su declaración testimonial a la imposibilidad de precisar el tiempo en que se produjo la ruptura del himen de la denunciante. Aspecto que, a su criterio, debe ser analizado juntamente con la inexistencia de elementos probatorios que permitan tener por cierto que aquella perdió su virginidad a la edad de trece años.

Adicionan que la médica también agregó que el desfloramiento o rompimiento del himen femenino puede causarse por la masturbación siempre que exista penetración, motivo por el cual ello debió ser valorado a favor del imputado.

d.4. Errónea valoración de la actuación de los peritos del Cuerpo Médico Forense de la Ciudad de Mendoza –Lic. Mathus y Dr. Herrera–.

Al respecto, señalan que mientras los informes elaborados por los referidos profesionales son escuetos, al declarar durante el debate lo hicieron explayándose sobre aspectos no consignados en los mismos. Advierten sobre una valoración parcial, puesto que consideran que se han ponderado únicamente los informes referidos a las entrevistas realizadas a la denunciante, omitiéndose las evaluaciones que se realizaron al acusado, siendo que fueron practicadas por los mismos profesionales.

Sobre estas últimas, apuntan que el Dr. Herrera mencionó que, al evaluar clínicamente a P. V., no surgieron indicadores importantes para determinar que sus conductas estén relacionadas con las de un pedófilo (fs. 294).

Por su parte, señalan que la sentencia omite considerar que la Lic. Mathus, al referirse a la situación de violencia que se vivía dentro del núcleo familiar de la víctima, la relacionó con la posibilidad de que los abusos no hayan existido, pues el rechazo a la figura masculina de parte de la joven podía obedecer a esa violencia.

La misma arbitrariedad refieren respecto del tramo de su declaración en el que la referida profesional sostuvo, con relación al imputado, que los rasgos de personalidad detectados pueden existir sin tener que ser un abusador sexual.

d.5. Omisión de valoración de ciertos fragmentos de la declaración en juicio realizada por la psicóloga particular de la denunciante –Lic. de Stefani–.

En particular, sobre aquel pasaje de su relato en el que afirmó que su paciente, a quien trataba desde que la misma tenía diecisiete años de edad, al principio sólo le contó los **hechos de maltrato**, mientras que sobre los abusos, recién lo hizo a los diecinueve años.

d.6. Errónea valoración sobre la labor realizada por la psicóloga de la Policía Comunitaria –Lic. Airaldi–.

Critican que esa profesional se contradijo durante el debate, y que se explayó sobre cuestiones que no constaban en ninguna de sus intervenciones con la denunciante.

Resaltan, asimismo, el indebido modo con el que respondió al ser interrogada acerca de los motivos por los cuales no denunció al percibir indicadores de abuso.

d.7. Omisión de valoración de diversos fragmentos de la declaración en debate del Lic. Collado, cuando explicó, en relación con el informe que luce agregado en la pieza administrativa N° 1796-P-10 – incorporada en carácter de A.E.V. a los principales–, que si hubiese advertido algún indicador de que la aquí denunciante era víctima de abuso sexual, lo hubiese consignado en ese informe.

La misma crítica –omisión de consideración– se realiza respecto del testimonio de la psicopedagoga del colegio –Lic. M.– donde concurría la denunciante, cuando declaró que no hubo indicadores ni manifestaciones sobre abusos. Como también, cuando el director del mismo establecimiento –M.– sostuvo que no advirtió nada que le llamara la atención.

Por último, también acerca de la declaración del médico pediatra –Dr. Ansaldi– que, al declarar durante la instrucción (fs. 429/430), acompañó anotaciones originales de las diversas atenciones a los integrantes del grupo familiar, en las que no se realizan observaciones relacionadas con abusos.

Respecto de todos ellos, los casacionistas cuestionan el razonamiento del tribunal al no valorarlos a favor del acusado, siendo que son contemporáneos a los hechos, y ninguno de ellos dijo advertir nada.

e. En última instancia, la defensa se queja de la omisión de valoración de los informes de fs. 470 y 471 en los que, respectivamente, se consigna que la denunciante manifiesta que desea ver a su padre, y, además, que el imputado no presenta indicadores para diagnosticar un perfil violento o psicopatológicos que justifiquen la suspensión del régimen de visitas con sus hijos.

En función de todo lo expuesto, la defensa considera que el plexo probatorio demuestra que los hechos denunciados se tratarían de una venganza de la supuesta víctima, con el fin de alejar a su padre de sus hermanos y de ella, y que encontró en la denuncia la forma de hacerlo.

De tal manera, consideran que los argumentos del tribunal de sentencia para asignar credibilidad a su testimonio y, desde allí, tener por acreditados los hechos, carecen de sustento lógico y jurídico, por lo que solicitan la anulación de la sentencia en pugna, la absolución del imputado y que se ordene el cese de su detención. Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El representante del Ministerio Público Fiscal, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del imputado, entiende que el recurso extraordinario de casación promovido por esa parte debe ser rechazado (fs. 773/775).

Sostiene que la defensa pone en evidencia **su discrepancia con la valoración efectuada** por el tribunal de sentencia del plexo probatorio en general.

Entiende que estas discrepancias no logran demostrar los vicios o defectos en el razonamiento del tribunal.

Refiere que, en consonancia con lo relatado por los especialistas que declararon en debate, el a quo sostuvo que no se encontraba controvertida la existencia de **violencia intrafamiliar**, y constató la veracidad del relato de la víctima en los hechos de abuso sexual denunciados, así como las consecuencias psíquicas derivadas y la permanencia en el tiempo del daño o afectación como resultado de los ataques sexuales.

Expresa que la versión de los hechos brindada por la denunciante fue analizada minuciosamente por el tribunal de juicio, cuyos términos fueron corroborados con los restantes elementos de prueba que acompañan la causa.

En particular, con el testimonio de su progenitora, y con los informes y testimonios en debate de los profesionales de la salud que oportunamente entrevistaron a la víctima. Entiende que las omisiones aludidas por los recurrentes en la valoración de la prueba no son tales, en tanto el plexo probatorio ha sido analizado en su totalidad. En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y, en consecuencia, se confirme en esta instancia la totalidad de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por la defensa del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente en esta instancia por cuanto –en mi opinión– la sentencia proveniente del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial no adolece de ninguno de los vicios denunciados por los recurrentes.

En ese sentido, observo que la motivación del fallo condenatorio cuestionado resulta suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en la especie no ocurre.

En forma preliminar, estimo importante destacar que los magistrados que integraron el tribunal de la instancia anterior, conforme se desprende del voto que lidera el acuerdo alcanzado en el fallo condenatorio puesto en crisis, han realizado un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes e incorporados legalmente a la causa.

Ello se advierte del estudio profundo y contextualizado respecto de las declaraciones de la víctima, así como también, y entre otros elementos, de los informes médicos, psicológicos y psiquiátricos agregados en autos, junto con las declaraciones efectuadas por los profesionales que estuvieron a cargo de su confección durante el debate.

Es que, según entiendo y como señalaré, de los fundamentos que acompañan el fallo condenatorio es posible verificar el acierto del tribunal cuando juzga suficientemente acreditados los extremos de la imputación delictiva. Esa solución, controvertida por la defensa, se sustenta en un análisis valorativo adecuado de la prueba producida e incorporada de común acuerdo al debate (ver constancia de realización de audiencia de fs. 699/700 vta.).

Ello, al verificarse en esa labor un cumplimiento riguroso a las **reglas de la sana crítica racional** y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común (arts. 206 y 409 del CPP.); cuyo apartamiento, más allá del esfuerzo dedicado en este sentido por los recurrentes, de ningún modo han podido demostrar.

Unidad de la prueba

Conforme lo ha sostenido este Tribunal con anterioridad, la valoración de elementos de convicción debe ser realizada de manera integral, vinculando los elementos de prueba entre sí. Entiendo que el método de cotejo y valoración de la prueba utilizada por el sentenciante en el sub lite es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores, según el cual «[...] **los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos**, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta...» (**L.S. 388- 219**).

De igual modo, se ha sostenido que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388- 219; 398-42)»

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la estructura argumental contenida en el libelo recursivo incoado se basa en el planteo de vicios formales dirigidos a hacer decaer la validez del razonamiento que condujo al tribunal de juicio a tener por acreditada la existencia material de los hechos denunciados –y que fueron objeto de la acusación fiscal–.

En esa directriz los casacionistas presentan agravios que se nutren, esencialmente, de una crítica al grado de credibilidad otorgado a la principal prueba de cargo producida en el proceso, esto es, la declaración de la víctima.

Ello justifica que, en lo siguiente, mis argumentos se centren en determinar si la sentencia en revisión luce arbitraria en este sentido, puesto que no es sino desde la credibilidad que se le reconoce a su testimonio el punto nuclear desde donde el tribunal a quo edifica –y atribuye– la responsabilidad penal del acusado. Lo expuesto precedentemente, justifica formular algunas consideraciones generales vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de un proceso judicial penal, cuando se trata de comportamientos en los que confluyen aspectos modales que no pueden permanecer marginados en el desarrollo de esa tarea.

ASI

Concretamente, me estoy refiriendo a aquellos casos en los que, el objeto material de juzgamiento, aparece conformado con delitos sexuales cometidos en el ámbito intrafamiliar contra una víctima mujer que, al tiempo de los hechos, era menor de edad, es decir, cuando se trata de **casos de abuso sexual infantil (A.S.I.)**.

a. Ausencia de testigos directos. Clandestinidad. Intimidad.

a. No cabe duda de que cuando hablamos de delitos sexuales, su característica principal es la **clandestinidad**, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado. Se trata de hechos que se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas en los que, además, suele ocurrir con frecuencia que tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético. Por tal motivo, el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.

Cuando **en ese escenario fáctico se adiciona que la víctima es una mujer**, tal como se verifica a través de las constancias de la causa que se tienen a la vista, ello determina que el caso se enmarque dentro lo que supone la violencia en contexto de género, lo que refuerza –como dato incontrastable de la realidad– el valor sustancial que tiene el testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos –delitos contra la integridad sexual–.

Contexto de violencia. Múltiples ofensas de gravedad progresiva.

Por lo cual, si bien se exige una especial cautela en su valoración, nada impide que tales testimonios resulten aptos y suficientes para formar criterio, máxime si los mismos aparecen como coherentes y se compadecen con pruebas que los corroboran. Precisamente **el «contexto de violencia»**, comprendido

como un fenómeno de múltiples **ofensas de gravedad progresiva**, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios.

Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio **al fenómeno pluriofensivo de la violencia** en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual.

Ahora bien, revistiendo la víctima la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género.

En este sentido, no comparto lo expuesto por el tribunal de juicio cuando, luego de individualizar somera y limitadamente los instrumentos normativos aplicables en estos casos, refiere que «[s]in desconocer tal carga normativa, en el caso que nos ocupa, y sin perder de vista que la mujer de autos resulta ser una niña; no advierto como imprescindible, determinante o absolutamente necesario hacer mérito de evaluaciones probatorias bajo ese prisma especial [en referencia a la perspectiva de género], por cuanto aún asumiendo un análisis lógico de las pruebas producidas en la causa, en virtud del sistema de la Sana Crítica Racional [...], entiendo que igualmente se llega al grado de certeza que la Ley Procesal mendocina impone para el dictado de una sentencia condenatoria [...]» (ver fundamentos, fs. 711).

Es que esa inteligencia interpretativa parece trazar no sólo una discriminación o disociación entre el sistema de la sana crítica racional y la perspectiva de género en materia de valoración probatoria que, a mi juicio, es inexistente. Sino que, además, soslaya que los compromisos internacionales adoptados por nuestro país a través de la suscripción y ratificación posterior de normas convencionales, imponen un deber jurídico de interpretar los elementos probatorios reunidos en el marco de un proceso penal en el que se juzga un caso de violencia –en sus diversas modalidades– dentro de un contexto de género, precisamente desde el prisma que supone visibilizar y ponderar contextualmente cada dato que surja de la prueba reunida, que luzca útil y pertinente para la solución del caso.

En ese contexto, me interesa destacar que ese modo de interpretación de la prueba en casos el de autos, donde se investigan y juzgan comportamientos ilícitos materializados dentro de un contexto de género, resulta asignado a los operadores del sistema de administración de justicia sobre la base de un especial «deber jurídico» que emerge de la legislación internacional y nacional sucintamente referida (ver al respecto «Teves Lucero», «Italiani», «**Cruz Caporiccio**»; y más recientemente, «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; y «**Brancello**», entre otros).

Sin necesidad de extenderme en profundidad sobre la cuestión, conviene resaltar aquí que, en aquellos casos en que **la víctima reviste la condición de mujer**, no resulta facultativo o discrecional para los tribunales de justicia en general, y penales en particular, decidir adoptar o no la perspectiva de género al tiempo ponderar las pruebas que se encuentran a su alcance en el marco de un proceso judicial; sino que se encuentra vigente el deber jurídico de valorar cada uno de los elementos probatorios reunidos con el enfoque de género.

Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632). Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la **Ley 26.485** ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus

relaciones interpersonales”), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)». Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «Ojeda Pérez”).

Además, tal como destacué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, en este ámbito adquiere relevancia la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En concordancia con aquella normativa la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por medio de la **Acordada N° 29.318**, implementó el «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. Con lo cual, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino en que, mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Por último, la ponderación de los diversos elementos prueba también encuentra ciertas particularidades cuando, además de tratarse de una víctima que es mujer, el sujeto pasivo además es una persona menor de edad, que padece abusos sexuales que son cometidos en el marco de su entorno familiar. Por un lado, la doble condición de vulnerabilidad que atraviesa a estas personas, las hacen titulares, a su vez, de una doble protección jurídica de parte del Estado, dado que cada una de esas **condiciones (mujer y niña)** demandan un especial resguardo por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes

tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

Así, tratándose de una víctima mujer menor de edad, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño, niña o adolescente no puede ser objeto de **un control de logicidad** con la misma estrictez que el de un mayor de edad.

Ello es claramente reconocido por la psicología, la que además recomienda acompañar tal valoración con las conclusiones de las pericias psicológicas que se practiquen sobre la víctima. Lo anterior se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la **“fiabilidad de la declaración del niño” en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble**, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

Por otro lado, cuando las niñas o adolescentes son abusadas sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.

Según entiendo, cuando se trata de comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba. Lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

En resumen, puede señalarse que en casos como el aquí analizado, **al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas**, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales (ver al respecto, las consideraciones realizadas en mi voto en el precedente “Zurita”).

Ello, sin dejar de considerar **el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona** sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

b. En lo que respecta al caso en análisis, los impugnantes se agravan por considerar que la sentencia ha realizado una arbitraria valoración de la prueba de cargo.

En ella viene implicada, según la defensa, una errónea aplicación de la ley penal dado que el tribunal condenó al imputado por encontrar acreditada la existencia material de los hechos que conformaron el

objeto de la acusación. Dicho con otras palabras, la arbitrariedad en el presente caso residiría, según puede extraerse del escrito recursivo, en la fragmentariedad en que habría incurrido el tribunal de juicio al analizar los indicios de cargo. Así, irrazonablemente se habría arribado a una conclusión (certeza para la condena) que no se correspondería con la que se derivaría de la correcta valoración conjunta de aquéllos (duda). Precisado lo anterior, corresponde afirmar que tal vicio no se presenta en la sentencia recurrida. Antes bien, en ella se expone una fundamentación ajustada a las exigencias legales, en la que se efectúa una valoración que va más allá de la consideración individual de cada uno de los elementos probatorios que acompañan la causa y avanza a la valoración integral de los mismos. Ello llevó al tribunal a considerar haber alcanzado el grado de certeza requerido para la condena en cuanto a la existencia de los ilícitos y de la responsabilidad del imputado en los mismos, superando el estándar de la duda razonable que favorece normativamente al acusado. De modo tal que, en mi opinión, los agravios de la defensa no pueden prosperar dado que ese entrelazado probatorio, analizado y valorado en contexto de género y conforme las reglas de la sana crítica racional y las reglas de la unidad de prueba guarda, a mi entender, una ajustada razonabilidad de cómo ocurrieron los hechos investigados y cuáles fueron las circunstancias de su realización. A continuación se analizará de manera detallada los agravios propuestos por los recurrentes.

b.1. Acerca de la valoración del testimonio de la víctima

Sostienen los quejosos que el tribunal de juicio valoró incorrectamente la declaración de la denunciante dado que, a diferencia del valor asignado a su relato en la sentencia, su testimonio adolece de contradicciones que lo privan de credibilidad, al mismo tiempo que lo identifican con una invención ganancial de su parte en perjuicio de su progenitor.

Contrariamente a lo argüido por la defensa, y teniendo en cuenta –como lo adelantara en las consideraciones generales analizadas precedentemente– el carácter de los delitos de que aquí se trata (contra la integridad sexual de menores de edad integrantes del grupo familiar del presunto autor), cometidos en general en ámbitos íntimos, sin la presencia de terceros, la sentencia le asigna justificadamente a la versión de la víctima un papel fundamental como fuente de comprobación de la hipótesis acusatoria, al detectar en aquel relato los parámetros valorativos que lo dotan de veracidad. Ello pues, en esa labor, no sólo su testimonio ha sido valorado con toda la rigurosidad que impone el sistema de valoración de la prueba, desentrañando y asignando el mérito intrínseco que es aquí atacado por los defensores. Sino que, además, los términos que conforman su relato han sido confrontados con los demás elementos probatorios que obran en la causa, los que corroboran su fuerza convictiva. Especialmente, aquí se observa el debido contraste con la interpretación de los especialistas (psicólogos, psiquiatras) contenida en los distintos informes agregados a las presentes actuaciones, junto con sus testimoniales prestadas durante el debate –aspecto sobre el cual volveré más adelante–. Cuadro probatorio que se ve robustecido con las pruebas indirectas –indiciarias– obtenidas que, en su conjunto, confluyen a corroborar que el relato de la denunciante cuenta con base cierta para otorgarle credibilidad en orden a la demostración positiva acerca de la existencia material de los hechos y de la participación que le cupo al acusado en los mismos.

Como lo adelantara al comienzo de este acápite, en opinión de los recurrentes, la víctima ha relatado de modo impreciso los hechos investigados, ofreciendo en sus diversas deposiciones a lo largo de la tramitación del proceso judicial, incluso ante los medios locales de comunicación, versiones contradictorias sobre aspectos a los que les reconocen potencialidad para enervar el sentido cargoso que le asigna el acto sentencial impugnado, al impedir tener por cierta la existencia de los hechos investigados.

En esa línea, resaltan supuestas inconsistencias en cuanto aspectos vinculados con las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los acometimientos sexuales, la cantidad de veces que hubo acceso carnal, el modo en que su madre tuvo conocimiento de los hechos, entre otros.

Sin embargo, con base en las constancias comprobadas de la causa, advierto que ello solo constituye una mera discrepancia con el modo en que el tribunal de la instancia anterior valoró el testimonio de la víctima, que se fundan en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol defensivo, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento. Lo que la muestra más como una construcción argumentativa que se asienta en afirmaciones personales y fragmentarias de los recurrentes, huérfanas de sustento en autos.

Lo afirmado en el párrafo precedente se asienta al comprobar en esta instancia de revisión el acierto del tribunal de juicio cuando descarta la existencia de contradicciones o inconsistencias entre la denuncia y la testimonial prestada por la víctima durante la etapa de la investigación penal preparatoria, con su deposición realizada en el marco del debate oral (ver fundamentos, fs. 712 vta.).

En el caso sub examine debe considerarse la distancia temporal que medió entre los hechos investigados, la radicación de la denuncia en sede penal y la realización del debate, con la capacidad para recordar con exactitud los acontecimientos abusivos de los que fue objeto una víctima mujer menor de edad por parte de su padre. Ello pues, se trata de aspectos que no pueden ser soslayados en el desarrollo de la actividad crítica sobre el plexo probatorio que acompaña la causa, pues se observa el trascurso de distancia temporal considerable no sólo entre la fecha comprobada de los hechos –2008 a 2010– y la formulación de la denuncia por parte de la víctima –20 de diciembre del año 2013–. Sino, también, entre ésta y su declaración brindada dentro del marco del juicio oral –2 de octubre del año 2019–. Esta situación no puede ser soslayada si lo que se pretende es valorar contextualmente la prueba, de acuerdo al sistema de la sana crítica racional.

En este sentido, de la compulsión de las actuaciones incorporadas a la causa, se observa claramente que la víctima ha sido conteste y persistente al describir los aspectos nucleares de los acontecimientos investigados. Así, en cada una de sus intervenciones a lo largo de las diversas etapas del proceso judicial, detalló de modo sustancialmente análogo cuestiones centrales vinculadas a las circunstancias en que se produjeron los diferentes y numerosos hechos de abuso sexual por parte de su progenitor, aportando datos que luego resultaron corroborados mediante otras fuentes de información. Cuenta de ello resulta no sólo de la rápida compulsión del acta de denuncia y declaración posterior sino, principalmente, con la reproducción del soporte audiovisual de la audiencia de debate en la que brindó su testimonio.

Vale la pena adelantar aquí que, a su vez, ninguno de estos aspectos nodales que asumieron los abusos sexuales cometidos por el acusado contra su hija cuando ésta era menor de edad, han sido controvertidos con argumentos de peso por los letrados defensores. Por el contrario, la estrategia consiste en atacar el grado de confiabilidad y credibilidad que le reconoce la sentencia al testimonio de la víctima a partir de una fragmentación de sus declaraciones destinada a acomodar ciertos pasajes o tramos –en los que identifican supuestas discordancias– para construir o estructurar un relato que sirva de sustento a la hipótesis desincriminatoria. Pero bien, no sólo las alegadas contrariedades o desavenencias en la versión de la denunciante aparecen puntualizadas por los recurrentes sobre aspectos netamente contingentes, que –de existir– de ningún modo posibilitan poner en crisis la veracidad de sus dichos, sino que, además, comparto con el tribunal que tampoco no son tales.

Remitiéndonos a los puntos cuestionados por los casacionistas, basta aquí con señalar que se comprueba suficientemente que la víctima, coincidentemente en cada una de sus intervenciones a lo largo de la

tramitación de la causa, precisó temporalmente la ocurrencia de los acontecimientos dentro del mismo intervalo de tiempo. Valiéndose de referencias en cuanto a su edad al momento de los ataques sexuales, precisó que éstos comenzaron aproximadamente cuando tenía trece años, culminando luego de cumplidos los quince años. Trasladando ello a tiempo calendario, según la fecha de su nacimiento, ese período temporal se corresponde con los años 2008 a 2010. Esta información fue reiterada y ratificada por ella en el debate (ver registro audiovisual, «audiencia 02/10/19, segunda parte», 00:18:04/00:18:27). También se advierte esa misma concordancia en cuanto al aspecto cuantitativo de aquellos acometimientos sexuales en los que hubo acceso carnal durante ese lapso de tiempo. Ello pues, además de diferenciar los diversos modos que asumían los ataques sexuales de parte del acusado, puntualizó en que fueron «varias veces» las que el imputado le introdujo el miembro viril en su vagina, aunque en sólo dos oportunidades eyaculó en el interior y que, además, en una de ellas utilizó protección –preservativo– (ver audiencia cit., 00:53:00).

Esa misma descripción la hizo durante su denuncia cuando dijo que «hasta que yo tuve quince años, mi papá, cada vez que tenía oportunidad, me violaba, en dos oportunidades terminó dentro de mí, en una de ellas utilizó preservativos y en la otra no, y de suerte no quedé embarazada» (fs. 1 vta.). Luego, en su declaración testimonial producida un par de meses después de la denuncia, más precisamente al ser consultada respecto de cuántas veces su padre la había accedido carnalmente, ella contestó que «fueron varias veces, pero unas dos veces el terminó dentro mío» (fs. 21).

A su vez, lo mismo cabe mencionar acerca del modo en que su madre tomó conocimiento de los hechos (ver audiencia cit., 00:14:41). Pues, al respecto, la víctima fue constante al mencionar que antes de formalizar la denuncia, y a raíz de un hecho de violencia física que había sufrido junto a uno de sus hermanos por parte de su padre, le comentó lo que estaba padeciendo a una psicóloga de la policía -Lic. Airaldi-, quien, a su vez, y pese a su negativa expresa, se lo contó a su progenitora y esta, luego, al sacerdote del colegio al que concurría (fs. 2). Lo que se corresponde también con lo declarado sobre este punto en su testimonial posterior, cuando no sólo reiteró en varios tramos que no le había contado nada a su madre «por miedo», por «vergüenza», sino que aclaró que ella tenía aproximadamente entre dieciséis y diecisiete años de edad cuando su madre tomó conocimiento de los hechos por parte de la psicóloga (fs. 22).

Por lo que comparto con el sentenciante cuando, al referirse puntualmente a posibles diferencias en cuanto al momento en que la madre habría tomado conocimiento de los hechos de los abusos «de ninguna forma podrá considerarse con la entidad como para erosionar los hechos que se tienen por probados» (ver fundamentos, fs. 713 vta.).

También se comprueba un relato sin fisuras cuando, durante el debate oral, describió que los abusos consistían en tocamientos y penetraciones (ver audiencia cit., a partir de 00:09:05, puntualmente a partir de 00:27:00). Esta caracterización de la forma en que su progenitor abusaba de la niña, se corresponde con el relato por ella realizado en sus declaraciones durante el proceso. Así, obsérvese que desde el mismo momento en que la víctima formalizó la denuncia de los acontecimientos sufridos en sede policial, ya decía que su padre abusaba sexualmente de ella, que algunas veces los acometimientos consistían en meros tocamientos sobre zonas pudendas de su cuerpo –pechos y vagina–, otras en la coerción física para que le practicara sexo oral, ya sea haciendo que le tocara el pene con sus manos hasta eyacular, ya sea introduciéndole con violencia su miembro viril en el interior de cavidad bucal hasta alcanzar el mismo desenlace. Por último, que también ocurrían episodios en los que el abuso sexual comprendía el acceso carnal violento por vía vaginal (ver al respecto, acta de denuncia de fs. 1/2 y declaración de fs. 21/22 vta.).

Adviértase que esas descripciones sobre la dinámica modal que asumían los abusos sexuales son acompañadas en el relato de la víctima de una narrativa detallada y sustancialmente coincidente respecto de las circunstancias fácticas que rodeaban los hechos, de las que se prevalía el acusado para facilitar la consumación de los mismos.

Durante su declaración testimonial en el debate, la denunciante mencionó –entre otros aspectos– que su progenitor se aprovechaba de ella en los momentos en que se encontraba bañándose, oportunidad en la que el imputado ingresaba y no sólo tocaba sus partes íntimas, sino que, además, tomaba sus manos y le hacía que le practicara sexo oral. Relató, a su vez, que estos acontecimientos se daban cuando su madre se encontraba trabajando, que generalmente ocurrían los días martes en la tarde, en los que su padre estaba de franco del local comercial en el que trabajaba –heladería–.

Así resulta de la reproducción de la audiencia respectiva, en que la víctima especificó que «él [por el imputado] pasaba al baño y me tocaba porque él decía que me iba a bañar, pasaba, me tocaba, me hacía que le tocara sus partes genitales, era un griterío [...] a mis hermanos más chicos los mandaba a jugar afuera. En una de las oportunidades, cuando llegué del colegio, venía de gimnasia, siempre me iba a jugar con mis amigos de la escuela, estaba vestida de jogging gris y una remera roja del colegio, estaba con mis amigos afuera, me llama para que fuera a comprar, y ahí me agarra de los dos brazos [...] me llevó hacia la pieza de mi vieja que estaba la cama de ellos, golpeándome, y diciéndome que yo no servía para nada, que era una cualquiera, que era una trola, que todo lo que él me estaba haciendo me decía si me gustaba, entonces yo le decía que no, que no quería mas eso, me agarraba su mano y me hacía practicarle sexo oral» (ver audiencia cit., a partir de 00:09:05). Lo que completó en con otro pasaje de su declaración, al decir que la primera vez que el abuso sexual incluyó el acceso carnal tuvo lugar cuando su padre –el imputado– «[...] me rompió la remera, me bajó el pantalón, se subió arriba mío, me apoyó sus brazos y sus piernas encima mío trabándolas, y ahí se bajó el pantalón y empezó a penetrarme» (ver audiencia cit., a partir de 00:27:12).

Todo este relato se corresponde e identifica completamente con aquel tramo de sus expresiones volcadas en el acta de denuncia, en las que dijo que «[...] recibí abusos por parte de mi padre [...] él lo hacía cuando mi mamá no estaba [...] aprovechaba y se metía en el baño cuando yo me bañaba, y comenzaba a tocarme sobre todo mis pechos y en la vagina, eso hacía al principio. O cuando yo estaba con mis amigos en la puerta de mi casa el me metía a la fuerza, a empujones y comenzaba a golpearme y luego empezaba a tocar por todo mi cuerpo [...] él me sujetaba fuerte de los brazos y comenzaba a tocarme, y por más que yo intentara defenderme no podía, porque me hacía doler mucho mis brazos. También hacía que yo le tocara el pene, mas bien que yo lo masturbara hasta que acabara [...]».

Agregó que “[...] antes de cumplir los catorce años, un día que mi mamá estaba en Buenos Aires, y mis hermanos [...]jugando en la calle, yo estaba también afuera con mis amigos y en un momento mi papá me dijo que me iba a mandar a comprar, yo entre a casa y cuando estaba adentro mi papá me agarró de los brazos me levantó y me llevó a los tirones a su dormitorio, de nuevo empezó a tocarme por todas partes, me fue rompiendo la ropa, yo tenía puesto un pantalón de la escuela de jogging y la remera del Colegio Santa Teresita. Él me rompió la remera y me la sacó [...] me había tirado sobre la cama matrimonial y él se subió encima de mí y con sus rodillas por dentro de mis piernas, y con sus manos sujetaba mis brazos, [...] luego intentó introducir su pene en mi vagina y yo empecé a gritar porque me dolía mucho, pero igualmente el lo metió y lo hizo durante un rato [...]».

Mientras que en otro pasaje dijo que «[...] faltaba que mi mamá no estuviese en casa para que él continuara violándome, siempre lo hizo en mi vagina, aunque casi siempre comenzaba a tocarme, el

agarraba y quería que yo he hiciere sexo oral y como yo no quería, el metía su pene en mi boca por la fuerza y comenzaba a moverse adentro, y a su vez metía sus dedos en mi vagina sacándolos y volviéndolos a meter una y otra vez» (fs. 1 vta.).

Como se aprecia, todas estas expresiones interpretadas y valoradas en su integridad, y dentro del contexto que es propio al tipo de sucesos investigados, y no de forma aislada o fragmentada como lo proponen los casacionistas, confirman el razonamiento del tribunal de sentencia cuando corrobora la verosimilitud del relato de la víctima. La desacreditación del argumento defensivo resulta razonable dado que, a la inexistencia de contradicciones sobre las cuestiones nucleares del objeto de la investigación, se le suma la persistencia incriminadora en el relato, la ausencia de desacuerdos intrínsecos que priven de coherencia, y, además, la contextualización del mismo, al ofrecer detalles precisos del marco o ambiente en el que se desarrollaron los hechos. Todos estos indicios razonables y suficientes para justificar la presencia de indicios de credibilidad en el testimonio de la joven denunciante.

Sentado cuanto precede, considero que el resto de las objeciones planteadas por los recurrentes, además de ser una reiteración de los mismos argumentos utilizados por esa parte durante el debate oral para sustentar una versión alternativa –y negatoria– de los hechos, cuenta con un adecuado análisis por parte del tribunal de la instancia anterior. De manera tal que la desestimación fundada de la pretensión defensiva no logra ser rebatida en esta instancia extraordinaria.

En este sentido deben incluirse la supuesta discordancia entre la víctima y el sacerdote del colegio al que concurría la menor –G. O.–, en cuanto a si efectivamente hubo o no una conversación entre ambos en el marco de una confesión. Pues si bien es cierto que este dato fue revelado por la denunciante ya desde la denuncia, en cuanto relató que «[c]uando me estaba confesando, el cura sacó el tema y yo le comenté algo, pero él me miraba como si fuese una mentirosa, luego él me decía que lo perdonara, que me fijara, que quizás a lo mejor yo lo estaba provocando» (fs. 2), y luego reiterado por la dicente durante el debate al manifestar que «yo lo comenté con las autoridades de la escuela, que son curas, le comenté eso en una confesión, y me dijo que yo tenía la culpa, entonces como que me eché para atrás» (ver audiencia cit., a partir de 00:08:31), la coincidencia en este punto de su relato encuentra otro argumento más, en cuanto a que –a diferencia de lo que alega la defensa– esa circunstancia nunca fue negada por el religioso. Al repasar su declaración testimonial se advierte que éste reconoció que ocasionalmente cumplía en el colegio al que concurría la víctima el rol de «confesor», y dijo que, aunque no recordaba puntualmente haberlo hecho, era «probable» que hubiera confesado a la víctima (ver fs. 434 vta.).

Lo mismo cabe mencionar cuando los defensores plantean supuestas inconsistencias en el testimonio de la víctima en cuanto a las circunstancias de tiempo en que se produjeron los abusos sexuales. Este argumento, entiendo, tampoco puede recibir acogida favorable en esta instancia puesto que no se colige con las constancias acreditadas de la causa dado que no existe contradicción ni elemento probatorio alguno que permita inferir al respecto que su testimonio sea inverosímil, falso o armado.

Como se analizó precedentemente, la víctima fue constante y concordante en diversos pasajes de sus declaraciones al afirmar las circunstancias temporales en que se cometían –generalmente– los ataques sexuales por su progenitor. Sobre ello mencionó, particularmente, que los acometimientos se producían los días martes, cuando su padre se encontraba de franco del local comercial en el que trabajaba, mientras su madre no se hallaba en la vivienda y sus hermanos –menores de edad– se encontraban jugando fuera de ella. Es precisamente aquí donde la defensa construye su argumento, a partir de referir una supuesta contradicción con el testimonio de J. L.S., dueño del lugar en el que trabajaba, tanto el imputado como su entonces esposa.

Ahora bien, al repasar su declaración durante la investigación penal preparatoria se advierte que sus dichos no hacen más que ratificar lo expuesto por la denunciante, puesto que el testigo afirmó todos y cada uno de aquellos datos aportados por ella, principalmente en cuanto afirmó que el acusado «trabajó aproximadamente para la firma a mi cargo desde 1998 hasta marzo del año 2011», lo que se corresponde temporalmente con el período de tiempo en que se produjeron los hechos investigados –2008 a 2010–. Agregó que «el referido [en referencia a P.] cumplía jornada seis días a la semana, un día de semana de franco, el cual generalmente era el día martes. Como se encontraba en matrimonio con la señora R. T., se les otorgaba el franco el mismo día, no siendo en todas las ocasiones». Estos aspectos coinciden con los dichos de la víctima en cuanto al día –martes– en que generalmente se cometían los abusos, porque era cuando su padre tenía franco (ver audiencia cit., 00:29:33).

Por último, también sostuvo el declarante que «la jornada laboral en esa época, era aproximadamente de ocho horas, no siendo siempre en el mismo horario, por cuando disponemos de dos turnos. Uno de ellos es de nueve a diecisiete [...] Con respecto al señor A. P., generalmente, habiendo sido encargado de caja y de fabricación de helados, cumplía jornada en horario de mañana. Con respecto a la señora R. T., en algunas ocasiones cumplía jornada de 14 a 21 o de 17 hasta la finalización de la jornada [...]», y aclaró con respecto a ésta última que «trabajó en la empresa a mi cargo desde aproximadamente el año 2008 al 2010, tres veranos» (ver declaración, fs. 643).

Todo lo señalado conforma suficiente apoyo probatorio externo a los dichos de la víctima, en cuanto corrobora los horarios de trabajo de su padre, el lugar de trabajo de su madre, y que cuando su padre retornaba del trabajo, su madre asistía al mismo, según el sistema de turnos referido por el testigo. Además, es compatible cuando la denunciante expresó que los abusos se cometían cuando ella retornaba de la escuela, a la que asistía durante la mañana, más precisamente los martes luego de concurrir vespertinamente a las clases de gimnasia, momentos en los que su madre se encontraba trabajando (ver audiencia cit., 00:30:09).

Con relación al último de los episodios de abuso identificado y relatado por la víctima, tampoco se observa indicios que evidencien fragilidad en su testimonio. Por el contrario, considero que su narrativa al respecto ha sido coincidente durante todo el proceso, puesto que en todo momento ubicó el final de los acometimientos sexuales sufrido en el acontecimiento que tuvo lugar a bordo de una casilla rodante en el marco del régimen de visitas que tenía junto a sus hermanos con su padre (ver denuncia de fs. 1/2 y declaración de fs. 21/22 vta.).

Es más, en su declaración durante el debate, fue contundente al respecto, dijo que en esa oportunidad en la que ya tenía quince años de edad, ella misma tomó la decisión de acompañar a sus hermanos porque “no quería dejarlos solos, no quería que nada les pasara, porque le tengo pánico” y que allí el abuso sexual sólo consistió en un “manoseo” pues tenía “pánico” (ver audiencia cit., a partir de 00:18:20). Incluso esta misma descripción la efectuó ante preguntas formuladas por el defensor del imputado, precisando que, en ese episodio, si bien dijo que no hubo ataque sexual, seguidamente expuso que sólo hubo “manoseos [...] nada más, del torso para arriba [...] solamente los pechos me tocó” (a partir de 01:11:50).

Repárese en que la existencia de este encuentro, y el nivel de violencia que se suscitó en el mismo, aparece referenciado tanto por la madre de la víctima (fs. 33), como por uno de sus hermanos, L.P.. Precisamente, este testigo afirmó, refiriéndose a ese episodio, que fue la última vez que existió una visita con su padre, que ellos no querían ir y que le pidieron a su hermana -la víctima- que los acompañara. La situación de violencia allí vivida, que incluyó golpes a uno de sus hermanos, además de un “zamarreo” a su hermana, determinó la formulación de una denuncia policial (ver registro audiovisual correspondiente a la audiencia

del 2 de octubre de 2019, a partir del minuto 00:21:00). Estos dos elementos probatorios independientes acreditan la versión que, al respecto, brindara la víctima, y deja sin sustento la crítica de la defensa. La falta de referencia expresa en su declaración en relación a los tocamientos del imputado sobre los pechos de la denunciante que alegan los recurrentes no significa que ellos no hayan existido pues, encuentra razonable explicación y compatibilidad en la exposición del dicente sobre el accionar de su padre contra su hermana.

Antes de finalizar este tramo de análisis, entiendo oportuno analizar algunos cuestionamientos que hacen los impugnantes sobre la valoración del testimonio de la víctima, en los que se traducen valoraciones que implican, a mi juicio, la pretensión de hacer recaer sobre ella un cierto grado de responsabilidad en los ataques sexuales cometidos por su progenitor.

Ello se colige de ciertas premisas de las que se valen los casacionistas cuando ponen en tela de juicio la veracidad de su relato al cuestionar cierta inacción de parte de la víctima al tiempo en que, según dijo, su padre se colocó un preservativo en uno de los episodios de abuso sexual en los que hubo acceso carnal. Pero más significativo –y reprochable, desde mi entender– resulta la interpretación que realizan cuando objetan la conducta de la víctima siendo que, en terminología de los letrados, “conociendo que el día martes le podía pasar algo que ella no deseaba, ¿no es extraño que se metiera a bañar conociendo lo que le iba a ocurrir como cada martes, según ella? pues, “cualquier persona con esa edad, buscaría cualquier excusa para no hacerlo e irse” (sic, fs. 749 vta.).

Entiendo que pretensiones e interpretaciones de este tipo, soslayan absolutamente las particularidades fácticas de estos fenómenos delictivos, a la par de evidenciar una visión de los mismos desprovista de un enfoque diferencial e interseccional que incluya la perspectiva de género y el respeto indiscutible del interés superior del niño. Máxime teniendo en consideración que nos encontramos ante un caso de abuso sexual infantil cometido en el marco de una relación desigual de poder entre el victimario y denunciante; relación que –como lo adelantara– coloca evidentemente a la víctima en una situación especialmente mayor de vulnerabilidad dada no solo su condición de mujer y de niña, sino, además, por ser testigo de violencia de género contra su progenitora y víctima de violencia sexual por parte de su progenitor.

Por otra parte corresponde señalar que no se advierte cuál resultaría ser el punto de agravio en la crítica que enarbola la defensa a partir de la censura del tratamiento dispensado por el tribunal de juicio de aquel manuscrito introducido durante el debate por la defensa del acusado, y que contiene palabras dirigidas de parte de la víctima a ambos progenitores. Es decir, la defensa no expresa en qué consistiría el vicio o la irregularidad en la labor valorativa atacada. A ello se adiciona que tampoco se perciben arbitrariedades en la apreciación que hace la sentencia de ese instrumento.

Con ello, no cabe más que interpretar que discusión planteada en el libelo casatorio solo se entiende como reedición de este argumento, que ya fue formulado durante el juicio oral, desprovisto de un desarrollo razonado que permita cuestionar las valoraciones efectuadas por el sentenciante cuando, luego de apreciar que la víctima no negó su autoría en la redacción del escrito, interpretó y contextualizó su contenido y confección en la situación de «una niña/joven adolescente (15 años)», descartando que «la misiva tenga entidad en sí misma para erosionar los hechos de la acusación» (ver fundamentos, fs. 721). Por lo tanto, el agravio no puede prosperar.

b.2. Sobre el mérito asignado al testimonio de la madre de la víctima

Los recurrentes consideran que el tribunal de juicio ha valorado de modo incorrecto la declaración testimonial de la madre de la denunciante pues, a su criterio, con ella se demuestran inconsistencias y

contradicciones en el relato de la víctima y, por tanto, debió ser considerada como prueba en favor de la situación del acusado.

No comparto las afirmaciones de la defensa en este punto dado que, según observo, las manifestaciones realizadas por H. R. T. durante la investigación penal preparatoria obrante a fs. 33/34 vta., y que fuera incorporada como prueba instrumental al debate por lectura con el consentimiento de las partes (ver fs. 708 y vta.), apreciadas y ponderadas dentro del contexto fáctico determinado por las especiales circunstancias que rodearon a los hechos objeto de juzgamiento en el sub iudice, confirman el sentido cargoso que la sentencia le asigna a su relato. Dicho de otra manera, cada una de las expresiones de la dicente no hacen más que dotar de fuerza convictiva al testimonio de su hija, puesto que corroboran periféricamente la credibilidad de su relato sobre la existencia material de los abusos sexuales.

Es que, más allá de cuál haya sido el momento preciso en que tomó conocimiento de los hechos de abuso, o quién fue la persona de quien obtuvo esa información, esto es, si fue su hija o la psicóloga de la Policía Comunitaria, lo cierto es que no puede obviarse en este análisis confrontativo entre ambas declaraciones, la importancia que tiene su testimonio al ratificar –en lo esencial– el relato de su hija respecto de alguno de los episodios de abuso sexual cometidos contra ella por su progenitor. Bien repara la sentencia en este sentido al apreciar que el valor confirmatorio de sus dichos en la hipótesis acusatoria resulta de narrar o describir situaciones o vivencias –de su hija– previas, concomitantes y posteriores a la denuncia que se corresponden con lo declarado por la víctima.

En particular, cuando se refirió al estado anímico de su hija, a la situación que se dio entre sus hijos y el imputado en el V. G. en oportunidad de un encuentro que se correspondía con el régimen de visitas y a la relación causal entre la denuncia de su padre por el supuesto abuso contra uno de sus hijos –L. P.– como desencadenante que determinó a su hija a radicar la denuncia que diera lugar a las presentes actuaciones. Todas estas son circunstancias acreditadas, a su vez, por otras fuentes de información, tales como la declaración de L. P., como los diversos informes psicológicos y psiquiátricos elaborados por los profesionales que la asistieron en múltiples oportunidades –aspecto sobre el que retornaré más adelante–

Pero, sin lugar a dudas, dentro de todos los datos que surgen de su testimonio, comparto con el tribunal cuando puntualiza en aquel pasaje a través del cual es posible confirmar el que habría sido el primer episodio de abuso sexual con acceso carnal. Ello en tanto, de la descripción que hizo la víctima tanto en la denuncia como en su declaración posterior durante el debate, se desprende que en ese suceso, el abuso sexual se cometió cuando ella volvía del colegio del turno vespertino, luego de asistir a la clase de gimnasia, y se encontraba vestida con jogging gris y con una remera de color rojo del colegio “Santa Teresita”, y que para perpetrarlo, el acusado «le fue rompiendo la ropa [...]». Expresamente señaló la víctima que aquél «[l]e rompió la remera y [se] la sacó» (fs. 1 vta.). Debe resaltarse, como lo hace la sentencia, que ese dato de la “remera rota” relatado por la denunciante, se corresponde con los dichos de su madre cuando relacionó - por el recuerdo del relato de su hija- que «una vez yo la había retado porque había roto la remera de la escuela pensando que había sido jugando, ella me lo hizo recordar y me dijo que su padre se la había roto» (fs. 33 vta.).

Por lo tanto, los cuestionamientos defensivos en este punto deben ser descartados de plano. No existe elemento probatorio, ni ninguna explicación lógica y razonable, que permita asignar razón a la interpretación de esta testimonial que realizan los casacionistas, en el sentido de que sus declaraciones debieron ser interpretadas a favor del acusado al poner en evidencia supuestas contradicciones con la víctima. Mas bien observo que la valoración armónica e integral de sus expresiones convalidan

adecuadamente el razonamiento del a quo al entender que los dichos de H. T. confirman la versión de los hechos del modo en que fueron denunciados por su hija (ver fundamentos, fs. 713 vta.).

b.3. Consignación marginal del apellido materno en la partida de nacimiento de la víctima

En cuanto a la consignación marginal en la partida de nacimiento de la víctima del apellido materno –T.– debo formular dos observaciones. Por un lado, esta misma cuestión ya fue planteada por la defensa al tiempo de formular sus alegatos durante el cierre del debate, determinando el análisis y resolución por el tribunal de la instancia anterior (ver fundamentos, fs. 713 vta./ 714). Por otro lado, tampoco surge del escrito recursivo cuál es la finalidad que persiguen los casacionistas con la reedición en esta instancia de ese mismo cuestionamiento, dado que más allá de señalar que el razonamiento seguido por el a quo ha sido incorrecto, no se observa qué es lo que se pretende demostrar con ello.

La sentencia analiza, adecuadamente a mi criterio, las fechas en que se sucedieron los diversos trámites administrativos que dieron lugar a la anotación marginal aludida. Para ello separa temporalmente lo que fue el inicio del trámite ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como necesariamente previo al dictado de la resolución de ese organismo que hizo lugar a la petición incoada –20/12/13– de la materialización de esa autorización que se hizo mediante la consignación marginal concretada posteriormente –27/12/13–. Desde allí, las aparentes observaciones críticas efectuadas al respecto por los defensores, son sólo interpretaciones sobre la sucesión o dinámica temporal de los actos referidos, que no tienen más sustento que en su apreciación personal, en el ejercicio del rol asumido en el proceso, en la que pretende hacer coincidir en el tiempo la denuncia con el inicio del trámite ante el Registro. Nuevamente cabe mencionar que se trata de un dato del que se derive algún aspecto relevante referido a los hechos de abuso sexual reprochados al acusado. De tal manera, tampoco puede prosperar el agravio señalado.

b.4. Valoración de la actuación de los profesionales que intervinieron en la causa

En este tramo de la impugnación, los recurrentes cuestionan la valoración que realiza el tribunal de mérito sobre la labor realizada por los profesionales de la salud que actuaron en diversas etapas del proceso. En esta perspectiva crítica, tras repasar –parcialmente– el contenido de los exámenes realizados a la víctima y al imputado, y las declaraciones efectuadas durante el debate por quienes estuvieron a cargo de su confección, interpretan que el razonamiento del a quo adolece de omisiones e interpretaciones erróneas que, a su entender, demuestran un eventual error al reconocerle credibilidad al testimonio de la denunciante, y, desde allí, tener por acreditados los hechos de abuso sexual.

Concretamente, los argumentos expuestos en este sentido por los casacionistas, pueden agruparse del siguiente modo: i) omisión de valoración de la inexistencia de repercusiones emocionales acordes con el hecho denunciado en la víctima; ii) omisión de consideración de la violencia intrafamiliar como presupuesto causal del estado psicológico de la denunciante; iii) inexistencia de prueba objetiva sobre el momento en que la víctima tuvo su primera relación sexual; y, por último, iv) omisión de valoración de las evaluaciones realizadas al acusado donde se descartan indicadores sobre un perfil violento o que se trate de un abusador sexual.

Del análisis de la resolución cuestionada y de las constancias comprobadas de la causa, advierto que este aspecto de la crítica casatoria no resulta ser más que un mero disenso con las conclusiones a las que arribó el tribunal de sentencia al considerar demostrada la responsabilidad penal del acusado en los hechos objeto de la acusación; sin demostrar debidamente los errores de su razonamiento. Esto en tanto la labor del tribunal de la instancia previa se apoya sustancialmente en la convergencia probatoria de los testimonios de cargo de la víctima y de su madre, sumados a los elementos de igual sentido que surgen

de los múltiples exámenes que les fueron realizados tanto a la denunciante como al propio imputado. Además, no puede desconocerse que también los recurrentes reeditan los mismos argumentos que fueron expuestos en sus alegatos de clausura del debate, los que han sido debidamente tratados y resueltos en la resolución que hoy se cuestiona con explicaciones que se comparten en su totalidad, y que sirven incluso para responderlos en esta instancia pues tampoco aquí se aportan motivos o razones novedosas que resulten convincentes y, por ende, habiliten una valoración diversa de los elementos de prueba atacados.

De tal forma, y como se adelantó, el agravio no puede ser acogido en esta instancia extraordinaria de revisión.

En el caso que nos ocupa, de la lectura de los fundamentos que acompañan el fallo en crisis, se desprende que el tribunal de juicio ha valorado e interpretado en forma integrada, contextualizada y concordante los resultados de los exámenes médicos, psicológicos y psiquiátricos practicados a la víctima y al imputado, vinculados a las testimoniales en juicio de los profesionales a cargo de los mismos.

b.4.1. En primer lugar, la defensa cuestiona que no se valoró el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 10, así como el adelanto de la entrevista que rola agregada a fs. 11, ni tampoco que la Lic. Dardanelli planteó en debate la posibilidad de que esa falta de sentimientos se pueda corresponder con la inexistencia del hecho.

El argumento no puede ser admitido pues no se verifica la omisión de valoración a la que se refieren los letrados. El tribunal a quo analizó adecuada y correlativamente el adelanto del informe, el informe en sí mismo, y la testimonial de la citada profesional durante el juicio en relación a la intervención que tuvo con respecto a la denunciante, para concluir al respecto en que las apreciaciones contenidas en esas piezas, si bien no eran concluyentes sobre la confirmación de los hechos de abuso, tampoco resultaba posible descartarlas pues ostentan un «valor indiciario».

No puede soslayarse que la propia profesional explicó adecuadamente que la inobservancia de repercusiones emocionales en la primera entrevista realizada a la víctima –según el adelanto de informe referido ut supra–, encuentra explicación en su declaración durante la instrucción, oportunidad en la que al ser interrogada expresamente sobre ello por el defensor, dijo que «[...] si bien estaba angustiada [por la víctima] y con llanto, no se correspondía con el alto tenor de violencia de los hechos denunciados. Pero esto puede estar dentro de lo esperado cuando ya había transcurrido un lapso considerable de tiempo entre los hechos y el momento de la denuncia, por lo cual las personas instrumentan defensas psíquicas para seguir viviendo, una de estas defensas es la represión de los sentimientos y recuerdos del hecho traumático, por lo que debe esperarse un lapso mayor de tiempo y de entrevistas para favorecer la aparición de esas emociones o sentimientos». Esto explica que la misma profesional haya solicitado una «segunda entrevista» como surge del adelanto del informe, la que no se llevó a cabo dado que, como también lo explicó en su declaración, se fijó turno para el día 30 de diciembre del año 2013, fecha que posteriormente se declaró inhábil (fs. 241/242).

A ello se agrega que, en su declaración durante el debate, la mencionada especialista mencionó que había llegado a la conclusión de que el relato de la denunciante conformaba un relato «creíble» (ver registro audiovisual, «audiencia 03/10/19, primera parte», a partir de 00:40:55), lo que fue apreciado por el sentenciante como indicio al respecto. Las razones expuestas llevan a desestimar la procedencia del cuestionamiento.

b.4.2. En segundo término, los recurrentes se quejan de la valoración que hace la sentencia de la declaración del Dr. Cesario al entender que, por un lado, en el debate se extendió sobre puntos no

contenidos en su informe del examen psiquiátrico de fs. 36 en el que, además, sólo se pronuncia sobre referencias de la víctima. Por otro lado, desde que el tribunal a quo omitió mencionar que el médico habló de la relación entre la situación de violencia como hechos traumáticos en la vida de la víctima y la denuncia.

El agravio se muestra no puede ser de recibo en esta instancia dado que bajo ningún punto de vista se observa arbitrariedad o parcialidad en la valoración de las actuaciones referidas. Por el contrario, los recurrentes vuelven a hacer uso de la estrategia consistente en aislar un fragmento de una declaración testimonial para quitarle fuerza la fuerza probatoria que proviene no sólo de su íntegro contenido intrínseco sino, también, de su valoración conjunta con los demás elementos de prueba. Nada de ello se logra.

Así, la sentencia analiza adecuadamente la declaración del profesional mencionado, quien entrevistó a la víctima en dos oportunidades en fechas muy próximas a la denuncia y elaboró el informe sobre el examen psiquiátrico realizado e incorporado como prueba instrumental al debate. Precisamente, por su relevancia en el reconocimiento de verosimilitud al testimonio de la denunciante, conviene aquí destacar que en ese informe se describen –entre otros aspectos– que la víctima «no estaba en condiciones de oponerse a las determinaciones sexuales del denunciado», que «ha sufrido daño psicológico causado por este hecho, ya que hay cambios en su conducta habitual». Además, se agrega allí que «no es posible la fabulación o fantasía sobre lo que realmente vivió. Su estado psicológico es compatible con hechos de abuso», y que «no tiene alucinaciones sexuales ni deformación de los acontecimientos vividos» (fs. 36 vta.).

Mas luego, al repasar íntegramente su declaración en el marco del debate, no se aprecia que se haya apartado, o bien, introducido cuestiones esenciales a los hechos ventilados en la causa, que no surjan previamente del mencionado informe (ver registro audiovisual, «audiencia 03/10/19, primera parte», a partir de 00:01:10). Sino que, por el contrario, sus manifestaciones en esa oportunidad justifican el mérito probatorio que le asigna la sentencia, al ser apuntado y destacado como un elemento «determinante y contundente en el aval de los hechos de abuso denunciados» (ver fundamentos, fs. 716).

Lo afirmado en la última parte del párrafo precedente se tiene sólido sustento dado que, durante su declaración, brindó información relevante al caso que fueron debidamente analizados y ponderados por el a quo. Entre ellos se destacan sus referencias al estado anímico en que se encontraba la víctima al momento de ser entrevistada, puesto que ratificó el «estado de angustia, de ansiedad, de miedos, todas situaciones que hacían ver que como una especie de estrés post traumático. El discurso era creíble y tenía realmente consecuencias psicológicas de haber sido abusada» (ver audiencia cit., a partir de 00:04:57).

Además de ello, también se encargó de explicar cuáles fueron los parámetros que advirtió en su relato para reconocerle credibilidad, aduciendo que el mismo fue «consistente, coherente en cuanto a lo cronológico, a los hechos», y que esa coherencia también se presentaba por la «repercusión emocional que tenía», que era «real», «no fingida ni simulada» (00:05:52). Aludió a la descripción que le hizo la víctima sobre el primer episodio de abuso sexual con acceso carnal, aspecto nuclear y por demás relevante, al apreciar que esa narrativa luce con un gran nivel de detalle y coincidencia, en lo sustancial, con la explicación que dio al sobre ese episodio a lo largo de sus diversas declaraciones (00:10:23).

Por último, descartó que el relato de la víctima presentare algún grado de fantasía pues, a su criterio, «fueron hechos vividos, fueron situaciones traumáticas, habría que tener una imaginación muy perversa para poder fantasear sobre estas cosas. Además, por la repercusión emocional y por el estado afectivo que tenía, no se presta a la fantasía» (00:20:21).

Toda esta información objetiva ha sido absolutamente soslayada por los casacionistas, lo que deja sin sustento la crítica esbozada genéricamente al respecto y conduce a su rechazo. Pues si bien es cierto que el médico mencionó, a instancias de preguntas de la defensa, que podía existir «cierta similitud» entre el cuadro psicológico o emocional derivado de los hechos de abuso sexual con aquellos vinculados a la violencia intrafamiliar sufrida por un niño o un niña, ello es sólo una parte ínfima de su declaración. Incluso también no consideran los recurrentes que el testigo fue contundente cuando precisó que, «en este caso, se refería más puntualmente con el trauma sexual, no con el trauma del maltrato. Era más relevante la situación de abuso sexual» (00:29:16). Por ello, el agravio tampoco puede prosperar en esta instancia.

b.4.3. Entiendo que el tribunal de juicio también ha fundado suficientemente los motivos por los cuales considera que el informe (fs. 32) y la testimonial prestada durante el juicio por la Dra. Adriana Gómez, quien estuvo a cargo del examen ginecológico de la víctima revisten el carácter de «pruebas de significativa fortaleza». Ello en tanto, como bien lo apunta la sentencia, en ese informe constan manifestaciones expresadas en forma espontánea por la persona examinada que aparecen como «indicios incriminatorios de los hechos de abuso por ella denunciados» (ver fundamentos, fs. 716).

Estimo que ese valor indiciario de cargo no se desvanece ante la falta –justificada– de elementos probatorios que certifiquen científicamente que la relación sexual de la víctima fue precisamente a la edad de trece años. Máxime teniendo en consideración las particulares circunstancias que rodean la causa, especialmente la distancia temporal entre los hechos de abuso sexual –2008/2010– y la fecha en que se realizó el examen médico ginecológico por la profesional citada –25 de febrero de 2014–. Además, conjeturar que la detección de «himen desflorado de antigua data» (fs. 32) pueda ser valorado en favor de la tesis desincriminatoria, implica necesariamente un razonamiento disociado del resto del material probatorio incorporado a la causa e, incluso, del contenido mismo del informe, y un intento –encubierto– de la defensa de hacer hincapié sobre la vida sexual de la víctima, que bajo ningún punto de vista puede ser convalidado.

b.4.4. Los impugnantes critican el análisis que dispensa la sentencia en relación a los profesionales del Cuerpo Médico Forense de la Primera Circunscripción Judicial. Concretamente, cuestionan la extensión de los informes elaborados por la Lic. Stella Mathus y por el Dr. Julio Herrera, a los que califican sin mayores argumentos de «escuetos». Además, afirman que el tribunal de juicio omite ponderar el examen psíquico realizado por esos profesionales al acusado (fs. 301), así como sus testimoniales en debate, en las que no se afirma se trate de un abusador sexual.

Como explicaré, ninguno de estos argumentos es de recibo en esta instancia de revisión. Por un lado, la extensión de un informe psicológico o psiquiátrico no es un motivo suficiente como para cuestionar su contenido, pues ello es lo realmente significativo dentro del marco de un proceso judicial.

Por otro lado, no resulta necesario demostrar ni comprobar la existencia de determinados y particulares indicadores, como los que señala la defensa, para tener por acreditados hechos de abuso sexual. Dicho en otros términos, no se requiere que un examen o pericia deba demostrar un perfil o una patología de «abusador sexual» para demostrar la intervención de una persona en hechos como el que es objeto de análisis en las presentes actuaciones. Tampoco ello es necesario para fundamentar una condena por esta especie de comportamientos delictivos a un menor de edad.

Pero además de lo mencionado, no puede obviarse en el análisis sobre la credibilidad del testimonio de la víctima, dos aspectos que centrales: (a) ambos profesionales se pronunciaron en términos coincidentes sobre la veracidad del relato de la denunciante en cuanto a los hechos de abuso sexual denunciados y de los que fuera víctima a manos de su padre, a las consecuencias psíquicas derivadas de aquellos y, también,

a la permanencia en el tiempo del daño provocado; y, (b) sus informes y explicaciones al respecto también aparecen como sustancialmente compatibles –más allá del tiempo transcurrido– con lo verificado por el Dr. Cesario, por la Dra. Gómez y por la Lic. López Dardanelli, según lo analizado en los párrafos precedentes.

Sobre lo apuntado en primer orden, vale la pena destacar que ambos profesionales entrevistaron a la víctima en períodos de tiempo distintos: durante los meses de diciembre de 2016, enero y febrero de 2017, volcando sus conclusiones en el informe psíquico de fs. 302 y vta.; y, luego, reiteraron esa evaluación durante el mes de marzo de 2019, conforme da cuenta el informe de fs. 644. Ambas piezas, debidamente incorporadas al debate (fs. 708 y vta.), han sido completadas y valoradas en la sentencia conjuntamente con las explicaciones que ofrecieron los mencionados expertos en el marco del juicio oral, oportunidad en –fundamentalmente– ratificaron los puntos allí consignados (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del 3 de octubre de 2019, segunda parte, a partir del minuto 00:07:10).

A mi entender, ello conforma un sustrato probatorio cuya apreciación integral corrobora el análisis del a quo en cuanto al grado de credibilidad reconocido al relato de la denunciante (ver fundamentos, fs. 716 vta./ 718 vta.) dado que, en aquellos informes, se deja expresa constancia –entre otros aspectos relevantes– que «[e]l relato de los hechos que motivan esta evaluación es claro, concreto, sin titubeos y emocionalmente comprometido, constatándose signos de un cuadro de Estrés Post Traumático. En el área de la sexualidad se observa angustia y una actitud defensiva que la lleva a tomar distancia y encerrarse en sí misma [...] no se observan indicadores de fabulación y/o mitomanía» (fs. 302). Así como también, que «[s]u relato de los hechos vividos y que motivaron la denuncia es claro, sentido, comprometido emocionalmente, lo cual permite inferir la posible ocurrencia de los hechos, que han dejado una afectación psico traumática severa [...]. La probabilidad de los hechos vividos, no debe considerarse factor que genere una personalidad influenciable» (fs. 644). Obsérvese que la defensa omite todo tipo de referencia al respecto, valiéndose de expresiones aisladas y descontextualizadas que en nada inciden sobre lo valor convictivo de que resulta de tales actuaciones.

En definitiva, y partir de lo expuesto, los agravios propuestos por la defensa no pueden ser admitidos.

b.4.5. Los recurrentes también afirman que el tribunal omitió valorar ciertos pasajes de las declaraciones de la psicóloga particular de la víctima –Lic. Rossanna de Stefani–, así como también, del testimonio de la psicóloga de la Policía Comunitaria –Lic. Adriana Airaldi–. Sin embargo, la falta de desarrollo argumental sobre este punto impide examinar en qué consistiría la supuesta omisión de valoración, ni mucho menos, cuál es la potencialidad que se le asigna sobre el resultado alcanzado en la sentencia sobre la existencia material de los hechos o la autoría del acusado.

Entiendo que tampoco existen elementos que permiten desacreditar la valoración que hace la sentencia de ambos elementos probatorios, dado que se comparte en esta instancia que se trata de pruebas que operan de modo cargoso respecto del efectivo acaecimiento de los hechos denunciados y de la responsabilidad del acusado en los mismos. Ello pues, son dos profesionales que trataron en diversos momentos a la víctima de autos, y que, por esa labor tomaron conocimiento de los abusos sexuales sufridos realizados por el acusado (ver fundamentos, fs. 720).

Por su parte, tampoco considero que pueda ser acogida favorablemente la crítica relativa a la omisión de valoración de los testimonios del Lic. Collado, de la Lic. Matar, del Dr. Enrique Ansaldi y de Carlos Morbidelli. Ello pues, sin perjuicio de la abstracción de los argumentos de la defensa en este sentido, los casacionistas no concretan cuál serían las falencias incurridas por el tribunal a quo en la valoración de sus manifestaciones. Además, no especifican en qué medida las expresiones supuestamente prescindidas

tienen la virtualidad de incidir decisivamente en relación al fallo que atacan, toda vez que no expresan una manera diferente de apreciar los hechos y la prueba, resultando –de este modo– una mera discrepancia con el criterio valorativo utilizado por el sentenciante, sin que se aporten razones para desvirtuarlo.

Estimo que no es arbitraria ni infundada la decisión del tribunal de la instancia anterior en apreciar que el demérito de las declaraciones del profesional del Suppid –Lic. Collado–, dado el tenor de sus manifestaciones durante el debate (ver registro audiovisual, «audiencia 07/10/19, segunda parte», a partir de 00:03:30) pues el mismo dicente se encargó de restarle mérito convictivo a sus testimonios, como bien lo apunta la sentencia –ver fundamentos, fs. 720 vta.–.

La misma conclusión se impone respecto de las expresiones de la Lic. Matar y de Carlos Morbidelli, psicopedagoga y director, respectivamente, del Colegio Santa Teresita, donde concurría la víctima al tiempo en que ocurrieron los hechos de abuso sexual juzgados. Lo mismo con respecto al Dr. Ansaldi, médico pediatra que atendió a la denunciante y a sus hermanos menores durante la época de su niñez. Ello por cuanto, se comparte en esta instancia que sus testimonios no aportan datos de relevancia no sólo a la tesis acusatoria, sino tampoco a la teoría del caso sostenida por la defensa (ver fundamentos, fs.721 vta./722).

b.4.6. Por último, el cuestionamiento defensivo mediante el que se aduce omisión de valoración de informes elaborados por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.), resulta inidóneo para demostrar vicios en la valoración probatoria del tribunal a quo. Por una parte, porque la lectura de los fundamentos que acompañan el fallo deja desprovista de sustento a la alegación defensiva, dado que los referidos informes no pasaron desapercibidos para el sentenciante, siendo adecuadamente valorados dentro del marco que les resulta propio, esto es, relacionado a la conflictividad intrafamiliar, cuya existencia no ha sido de ningún modo controvertida. Por otra parte, la defensa se limita a manifestar su interpretación personal de esas actuaciones, sin vincularlas de algún modo con los hechos juzgados.

Planteado de este modo el agravio, no puede tener acogida favorable.

b.5. En síntesis, la decisión del tribunal de juicio de hallar en el testimonio de la víctima, conjuntamente con los demás elementos de prueba que corroboran periféricamente su credibilidad, una base fáctica suficiente para alcanzar el grado de certeza requerido para dar por probados los hechos enrostrados al acusado, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Labor en la que debe descartarse la inobservancia a las reglas de la sana crítica racional. De tal manera, existen motivos más que suficientes para descartar el agravio casatorio incoado.

c. Conclusión

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, y a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones de los recurrentes y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis, desde que no se comprueban arbitrariedades que la invaliden como acto jurisdiccional válido. Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente

señalado en «Di Cesare Morales», «Mejía Salvador» y «Narváez Videla» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del imputado P. V.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Muñoz García», «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», entre otros).

En la primera oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «(a) fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)».

En este entendimiento, resulta necesario ponderar que, en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante **interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional**, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 656 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

4- PEREZ GIL. 15-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=603>

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b y f del CP. Art. 418 del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple agravado por el vínculo. Convivencia. Juicio Abreviado cuestionado. Falta de fundamentación de la pena impuesta. JAI cuestionado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado, mediante juicio abreviado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la situación de convivencia preexistente y por ser la víctima menor de 18 años de edad (art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo incs. b y f del CP). Asimismo, resolvió mantener el régimen de prisión domiciliaria y suspender el régimen de responsabilidad parental.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia recaída en juicio abreviado. Se agravia porque el juez *a quo* no fundó la pena impuesta de conformidad a los parámetros de los art. 40 y 41 CP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, que la sentencia cuestionada se encuentra suficientemente fundada, ya que el juez *a quo* no sólo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 del CPP y sgtes. del CPP, sino que también dio sus razones por las cuales arribó a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1200 (09-03-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 325:1404

b- SCJM

- Ibáñez

Párrafos destacados

“En este sentido, esta Sala ha dicho que «[...]la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal **no resulta una imposición vertical, sino una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal**, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido» (ver: «Ibáñez»).”

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

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05340448-5/1((018601-125759)) FC/ P. G., P.A., ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE, AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE Y POR SER LA VICTIMA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105510387*

En Mendoza, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05340448-5/1, caratulada "F. C/ P. G., P. A. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO S/CASACIÓN".

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

La defensa de P. A. P. G. interpone recurso de casación (fs. 331/336.) contra la sentencia N° 1.200 (fs. 323 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual, por medio de **juicio abreviado**, se condenó al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la situación de convivencia preexistente y por ser la víctima menor de 18 años de edad (art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo incs. b y f del CP) en la causa N° P- 125.759/16.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

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

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada por la defensa condenó a P. A. P. G. a la pena de tres años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la situación de convivencia preexistente y por ser la víctima menor de 18 años de edad (art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo incs. b y f del CP) en la causa N° P- 125.759/16.

Para así decidir, el juez de sentencia tuvo por probada la hipótesis fáctica que sustentó el titular de la acción pública en el requerimiento de citación a juicio, el cual, en su parte pertinente, reza que «[p]ara fecha 12 de diciembre del año 2016, siendo aproximadamente entre las 7:00 hs. y las 8:00 hs., en el domicilio ubicado en calle, departamento de, Mendoza, P. A. P. G., aprovechando que su pareja no se encontraba en la vivienda, se acostó en la cama de su hija J. A. P. de 14 años de edad al momento del hecho, y mientras dormía empezó a tocarle sus pechos y la vagina. Le levantó la remera, se bajó su pantalón, e hizo que con su mano le tocara el pene. Pese a que ella comenzó a moverse para demostrarle que se iba a despertar, comenzó a tocarle con su pene en la zona de los glúteos y le tocó la vagina con su mano efectuando frotamientos».

2.- Recurso de casación

El recurso interpuesto se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Sostiene que la circunstancia de que la sentencia sea como consecuencia de la realización de un juicio abreviado, no exime al juez de fundar la decisión que tome. De este modo, señala que el juez, en caso de **admitir el acuerdo, debe expresar los motivos por los que condena y por los que aplica la pena que decida.**

Precisa que, de los fundamentos de la sentencia, que fueron comunicados durante la audiencia celebrada el día 9 de marzo de 2020, el juez a quo **omitió fundar la pena determinada**, la que excede el mínimo aplicable, razón por la cual el sentenciante debió fundar la sanción impuesta a su defendido, a pesar de que ésta haya sido aplicada como consecuencia de un acuerdo entre las partes en el marco de un juicio abreviado. En este sentido, señala que es facultad del juez apartarse de la pena acordada, pudiendo imponer una sanción de menor cuantía, según las pautas de los arts. 40 y 41 del CP.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación impetrado.

Al respecto, sostiene que del análisis del caso planteado en autos, se advierte que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en nuestro ordenamiento procesal para el juicio abreviado, por lo que los motivos que expresa el recurrente carecen del debido sustento.

Agrega que la sentencia cuestionada se encuentra suficientemente fundada, ya que el juez a quo no sólo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 del CPP y sgtes. del CPP, sino que también dio sus razones por las cuales arribó a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria.

Por lo señalado considera que el recurso promovido no resulta procedente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

En efecto, surge de los registros audiovisuales que se cumplió con las exigencias normativamente previstas respecto del juicio abreviado atento a que el acusado, asistido por su abogado defensor, prestó conformidad para su realización, afirmando comprender el alcance del acuerdo y la pena solicitada.

De este modo, resulta claro, entonces, que P. A. P. G. otorgó, en forma plena y libre, su consentimiento para la realización del juicio abreviado, expresando reconocer los hechos contenidos en la acusación formulada por la titular del Ministerio Fiscal (ver registro audiovisual, día 9/03/20, a partir del minuto 8:56).

Asimismo, surge de los fundamentos brindados por el sentenciante de forma oral que las partes acordaron un cambio de calificación legal más beneficioso para el acusado P. G.. Ello, por cuanto no pudo acreditarse de modo suficiente las circunstancias por las cuales originalmente se subsumió el hecho en el tipo

agravado previsto en el segundo párrafo del art. 119 del CP. En razón de ello, las partes consideraron adecuada la pena de tres años y seis meses de prisión.

Por su parte, **la defensa no sólo refirió no tener objeciones al acuerdo arribado, sino que también solicitó que se mantuviera la situación de detención domiciliaria de su asistido, lo que fue concedido por el juez de sentencia al momento de resolver** (ver, a partir del minuto 6:23 de los registros audiovisuales).

Juicio Abreviado. Art. 418 CPP

En definitiva, el recurrente pretende soslayar que la condena impuesta fue acordada entre el representante del Ministerio Público Fiscal, la defensa y el acusado bajo la modalidad de juicio abreviado conforme las previsiones del art. 418 del CP.

En este sentido, esta Sala ha dicho que «[...]la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido» (ver: «Ibañez»).

No obstante ello, no comparto el criterio del recurrente en tanto entiende que el juez de sentencia no fundó la pena impuesta a P. G. Como se advierte de las constancias audiovisuales el sentenciante al momento de brindar los fundamentos de la pena tomó en consideración los argumentos brindados por la titular de la acción pública, en virtud de los cuales estimó adecuada la pena acordada entre las partes, conforme a las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP.

De tal manera, puede afirmarse que el juez de la instancia anterior impuso al acusado la pena acordada por las partes, la que **consideró proporcional a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del acusado**.

En síntesis, el censurante limita sus argumentos a sostener la supuesta ausencia de fundamentación por parte del juez a quo –que, como se dijo, no se condice con las constancias de la causa–, sin demostrar vicio alguno en la sentencia cuestionada o la garantía constitucional conculcada en el caso concreto.

Sobre la nulidad.

En este orden cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que «[...] la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad» (Fallos 325:1404).

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. En consecuencia, corresponde no hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa de Pedro Antonio P. G.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado P. A. P. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

5- COZ LUNA. 15-03-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=605>

Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. f y art. 55 y 45 del CP. Ley 26485. Ley 26061.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple y con acceso carnal. Convivencia. Concurso real. Perito de parte.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **de diez años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal ambos agravados por haber sido cometidos contra una persona menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en concurso real (arts. 119, 1° y 3° parr., en función del 1° y 4° parr. apartado "f", 55 y 45 y del CP).

La **defensa** interpone recurso. Se agravia por las siguientes razones: 1- no han sido tomadas en consideración las **contradicciones** en las declaraciones testimoniales de oídas destacadas por la defensa en sus alegatos. 2-se ha desvirtuado, sin apoyatura alguna en prueba objetiva, lo afirmado por el acusado, 3- no comparte la **valoración de los exámenes del Cuerpo Médico Forense** por contraponerse a los informes profesionales efectuados por los **peritos de parte**.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1142, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf

- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Alaniz Piñeira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

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

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

HERRERA, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061.

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

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05363550-9/1((018602-122338)) FC/ C. L. G. D. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO A UNA MENOR P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105535721*

Mendoza, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05363550-9/1 caratulada "F. C/ C. L. G. D. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO A UNA MENOR S/ CASACIÓN".

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

La defensa de G. D. C. L. interpone recurso de casación a fs. 1120/1141 contra la sentencia N° 1.142 de fs. 1070/1118 por la que el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción lo condenó por los delitos de abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal ambos agravados por haber sido cometidos contra una persona menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en concurso real (arts. 119, 1° y 3° parr., en función del 1° y 4° parr. apartado "f", 55 y 45 y del CP) a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 2 condenó a G. D. C. L. por el hecho que consideró acreditado y detalló de la siguiente manera: «[q]ue en fechas y horarios no precisados, pero desde aproximadamente el mes de abril de 2016 hasta el 28 de agosto de 2017, en el domicilio sito en calle A., de L. H., en el que G. C. L. convivía con la menor [M.V.F.] (de 12 años de edad), en una oportunidad no precisada (situada entre las fechas señaladas), en que la menor se encontraba en un sillón del living de la vivienda mencionada, mientras sus hermanos dormían en la plata alta, D. C. le tocó sus partes íntimas por sobre la ropa. En otra ocasión, el imputado le tapó los ojos a la niña y le introdujo el pene en la boca. Finalmente, el día 28 de agosto de 2017, entre las 14:00 y las 15:00 horas, mientras la madre de [M.V.F.] se encontraba fuera del domicilio, el imputado obligó a la niña que le agarrara el pene (tomándole la mano ante la negativa de la víctima) para luego tocarle la vagina, los pechos y los glúteos» (ver fs. 1086 vta./1087 de la sentencia de condena).

2.- Recurso de casación

A fs. 1120/1141 la defensa del imputado interpone recurso de casación en razón del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, así como también en virtud de lo previsto por el art. 8 inc. 2 de la CADH, el 14 inc. 5 del PIDCP y el art. 75 inc. 22 de la CN.

La defensa cuestiona que la sentencia de condena no configura una conclusión razonada de los elementos de prueba aportados en autos y que se ha violado la sana crítica racional que exige nuestro código de rito. Si bien los agravios de la defensa son extensos, pueden ser sintetizados en los siguientes puntos.

En primer lugar que no han sido tomadas en consideración las contradicciones en las declaraciones testimoniales de oídas destacadas por la defensa en sus alegatos.

En segundo lugar que se ha desvirtuado, sin apoyatura alguna en prueba objetiva, lo afirmado por el acusado.

En tercer lugar que no comparte la valoración de los exámenes del Cuerpo Médico Forense por contraponerse a los informes profesionales efectuados por los peritos de parte que han utilizado los mismos métodos. En consecuencia, estima que se carece de sustento probatorio suficiente para condenar y que ello debe dar lugar a la duda razonable que hace procedente la aplicación del principio constitucional in dubio pro reo.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1151/1152 vta. el Procurador General dictamina sobre el recurso de casación interpuesto.

Si bien afirma que el remedio procesal impetrado resulta formalmente procedente, propicia su rechazo desde lo sustancial.

Ello por cuanto los argumentos expresados por la defensa constituyen **sólo una discrepancia con la valoración del plexo probatorio** incorporado en autos, lo que contradice los minuciosos fundamentos de la sentencia de condena dictada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del imputado C. L., adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Estimo relevante destacar que el recurso de casación interpuesto por la defensa configura **una reiteración de la valoración del material probatorio desarrollada por su parte durante el juicio oral**, sin puntualizar detalladamente los errores de la sentencia que enuncia ni aportar nuevos argumentos que permitan desvirtuar el razonamiento de la sentencia.

Es decir, **no desarrolla la crítica de motivación contradictoria e insuficiente ni la interpretación arbitraria en el análisis expuesto en la sentencia de condena**, lo que resulta relevante a la hora de analizar críticamente la sentencia de condena debido a que impide llevar adelante la revisión propia exigida por la parte recurrente.

Asimismo, entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Tal como surge de la sentencia de condena, la prueba incorporada durante el debate resulta suficiente para acreditar con la certeza requerida la existencia del hecho, así como la responsabilidad penal de C. L. por el mismo.

Al respecto, debe destacarse que como prueba de cargo central el magistrado de la instancia previa analizó correctamente el testimonio de la niña víctima y concluyó en que su credibilidad surgía de la coherencia interna de la declaración y el mantenimiento incólume de los hechos centrales atribuidos al imputado de autos a lo largo del tiempo.

A lo que le agregó la corroboración de circunstancias objetivas periféricas que fortalecieron la versión expuesta por la joven y, como son las declaraciones de M.A. –a quien se dirigió la niña para poner en conocimiento por primera vez lo que venía padeciendo por parte de C.L.–, L. G. Q. –madre de la víctima–, y de los profesionales que tuvieron contacto con M.V.F.G., quienes concluyeron la verosimilitud de su versión. En este sentido, el magistrado sentenciante tuvo en consideración la descripción de los hechos expuestos por la niña de doce años con determinación del lugar y los detalles de los sucesos padecidos: tocamientos en sus pechos, cola y vagina; que le vendaba los ojos y le introducía un objeto duro en la boca con la sensación de tener feo gusto con posterioridad a ello. Estas expresiones el a quo las entendió, acertadamente según mi criterio, verosímiles, y puntualizó que «no observo intenciones de perjudicarlo [al acusado]. Obsérvese que ante la pregunta si existió introducción del pene en su vagina, ella lo refiere como violación, y expresa que eso nunca ocurrió».

Asimismo es necesario **destacar la debida atención del juez a las menciones que hizo la niña acerca de que se encontraba amenazada** por el acusado con enviarla al COSE o matarla a ella y a su madre en caso de que contara lo que padecía.

Respecto al cuestionamiento defensivo sobre contradicciones de los testigos de oídas, entiendo que ello también ha sido debidamente abordado por el juez de debate en la sentencia de condena.

En primer término, porque el a quo **destacó la amplitud probatoria** que requiere este tipo de delitos por ser casi imposible que existan testigos directos del hecho, por lo que resulta fundamental tanto la declaración de la víctima como las de las personas que tomaron conocimiento del hecho por sus dichos y las conclusiones de los expertos en diversas áreas.

En segundo orden, y específicamente respecto al agravio, el magistrado analizó debidamente que G. Q. concordó en lo medular con lo expresado por su hija –víctima del suceso investigado en autos–, particularmente con la forma de develamiento del hecho y su posterior denuncia. En especial, a diferencia de su hija, expresó que los abusos sexuales ocurrían mientras ella no se encontraba en el domicilio.

En este sentido, M.V.F.G. refirió que siempre aquéllos acontecían siempre que la madre estaba en la fábrica, lo que el juez de condena entendió coherente con el relato de una persona adulta que puede apreciar que lo relevante era su ausencia del domicilio y no el lugar preciso en el que se encontraba en toda ocasión que se produjeron los abusos.

También destacó los dichos sobre vinculados a que cuando ninguno de los adultos se encontraba en el domicilio los niños se quedaban con la madre del imputado; en tanto que cuando ella se ausentaba quedaban bajo el cuidado de C. L. A lo señalado debe agregarse que el magistrado sentenciante contrastó ello con lo expresado por el acusado durante la investigación penal preparatoria acerca de que los niños

siempre estaban con alguien además de él y con el hecho de que el día del último suceso de abuso –que motivó la denuncia– los niños se encontraban con C L y la madre de él no fue vista en el lugar.

Ello, llevó al juez a concluir sobre la razonabilidad de lo expuesto por Q G y a descartar las afirmaciones del acusado. Respecto a los traslados de personas hacia la empresa, en la sentencia cuestionada se explica debidamente que, en respuesta a las preguntas realizadas por la defensa, Q G manifestó que lo efectuaba de forma compartida con C L, su padre, su hermano e inclusive un amigo del acusado.

Por su parte, otro elemento que aportó a dar verosimilitud a los hechos denunciados por la víctima, fue lo declarado por A, quien recibiera a la joven cuando huyó de su casa y relató por primera vez lo que padecía. Al respecto el a quo hizo debido hincapié en las corroboraciones del relato de la niña en relación a que «[...] mientras lavaba los platos C la empezó a tocar y que luego le pidió que se sentara sobre él, ante esto se asustó y se fue corriendo hasta su casa. Afirmó además que situaciones como estas no eran la primera vez que ocurrían, siempre que la madre se iba a trabajar».

También el a quo destacó que la testigo expresó el estado en el cual la niña llegó a su domicilio, en cuanto «estaba muy alterada, lloraba desconsolada y no hablaba. Narró además que durante el abuso su madre no se encontraba en el hogar y por qué motivo y como hizo [M.V.F.G.] para irse de su casa».

La contradicción alegada por la defensa para desacreditar la declaración de A, relativa al nombre del hermano de la víctima que la ayudó a salir del domicilio después del hecho, no puede ostentar la relevancia que pretende la defensa.

En efecto, la discordancia sobre el nombre del niño que la ayudó a huir no desacredita de forma alguna los hechos de abuso sexual denunciados por la niña, sino que sólo hace al conocimiento que pudo tener la declarante de cuál de los hermanos se encontraba en casa y cuál en la cita médica con la madre.

El magistrado actuante contrastó las declaraciones descritas con el acta de procedimiento incorporada a fs. 1 de las presentes actuaciones, en la que quedaron asentadas las primeras manifestaciones tanto de A B, como de Q G, y correctamente concluyó que la prueba instrumental reconstruye parte de lo que después se afirmó en las declaraciones testimoniales y por parte de la niña en Cámara Gesell.

Destacó, de igual manera, el escaso lapso transcurrido desde la llegada de la joven al domicilio de A, la comunicación con Q G para que asista al lugar y el llamado al 911, lo que entendió como el punto de partida que luego valida las declaraciones prestadas durante la investigación penal preparatoria y el debate oral.

A ello agregó que el cuadro probatorio se completó, el mismo día que se produjo el develamiento, con el acta de denuncia de fs. 2/3 efectuada por Q G, lo que aportó mayor cantidad de detalles de los hechos.

Entiendo que tampoco puede prosperar el segundo de los agravios expuestos por la defensa y vinculado con la versión de los hechos brindada por el acusado en su declaración.

Ello por cuanto en la sentencia de condena se analizó detalladamente lo expuesto por C L durante la investigación penal preparatoria, lo que fue contrastado debidamente con el resto del material probatorio incorporado durante el debate.

Así, se tuvo en consideración los descargos del acusado acerca de que nunca se quedaba solo con los niños, sino que siempre se hallaba acompañado por Q G o su madre –G B L–, y que por lo general no se

encontraba en la vivienda por tener que trabajar; pero se estimaron que configuraban meras alegaciones defensivas que no hallaban sustento en la prueba obrante en autos y contradecían la experiencia común. Así, el a quo concluyó que de todas las declaraciones testimoniales surgía que Q G – madre de la niña– trabajó en días y horarios discontinuos como chofer del remis, lo cual fue reconocido incluso por el acusado al referir que repartía el trabajo con su ex pareja, su padre y su hermano. A lo que agregó de las testimoniales de L que ella cuidaba a los hijos de Q G pero no de forma exclusiva ya que durante la mañana trabajaba.

El magistrado consideró que «la experiencia común marca que cuando los adultos que conviven con menores en un domicilio se encuentran impedidos de su cuidado, es que se convoca a otro -adulto- para el cuidado de los mismos. Me pregunto qué sentido tendría si L o G -o ambos- se encontraban en el domicilio, que la Sra. G L también se encontraba en ese hogar al cuidado de los niños. Aparece como razonable que, si G se iba a trabajar quedaran al cuidado de L y viceversa y cuando ninguno de los dos pudiese, por cuestiones laborales o de otra índole, en esa puntual situación quedaran al cuidado de G L, madre de G». «En este sentido, que G C quedara al cuidado de los chicos cuando Lorena tenía que ausentarse por cualquier motivo, incluso ir a trabajar -como lo expresara L y su hija [M.V.F.]- aparece como razonable, según la experiencia común».

Por su parte, respecto al argumento defensivo de la **cantidad de trabajo**, acertadamente el magistrado concluyó «no es posible pensar que dado la cantidad de trabajo que presentaba C L, le era imposible materialmente realizar los abusos, por cuanto estaba ausente de su casa. Ello por cuanto el trabajo que le realizara al testigo A, fue durante los meses de julio y agosto de 2016 y durante los meses en que tuvo el problema de salud su esposa, por lo cual no era un trabajo permanente o full time». «En el mismo sentido debe interpretarse el trabajo que realizó con su tío G L, ya que trabajó con él en la construcción, durante seis o siete meses». **«Así, la ventana de posibilidad temporal queda -evidentemente- abierta para la perpetración de los abusos sexuales».**

Finalmente, respecto al agravio relativo a la valoración del informe del EDeAAS, debe señalarse que el cuestionamiento de la defensa constituye un mero disentimiento en la apreciación y contextualización de las conclusiones expuestas por los profesionales de aquel organismo y los profesionales propuestos por la parte defensiva.

Al respecto, debe señalarse que el a quo efectuó debidamente una valoración integral de los informes y de las declaraciones prestadas en el debate por parte de los profesionales intervinientes en ellas. El magistrado sentenciante distinguió en su análisis la instancia de entrevista pre-cámara Gesell y el informe específico realizado en función de **la Cámara Gesell realizada. En relación al primero, hizo hincapié en que el informe confeccionado por el EDeAAS** dio cuenta de la angustia de la niña al relatar los hechos denunciados, los con que concordaron con los mencionados a Q G y a A. Asimismo, destacó que el estado emocional observado coincidía con el detectado también por la Lic. Chahla del PPMI meses antes y por los docentes de la escuela a la que ingresó la niña con posterioridad a la denuncia penal.

También es relevante la referencia del a quo al cuestionamiento defensivo en sus alegatos «[v]ale aclarar aquí -entonces- que esta angustia no ha quedado corroborada -como intentó hacer ver la defensa técnica- con posterioridad a la muerte de sus abuelos y padre biológico.

Su padre biológico falleció en el año 2019 -según lo que dijera la docente F-, es decir con posterioridad a la denuncia y las entrevistas que le efectuaron. Sus abuelos, si bien fallecieron con anterioridad a su padre, no ha quedado establecida -con precisión- la fecha de los decesos, por cuanto tampoco es dable establecer con certeza si la angustia evidenciada por la niña correspondía a este antecedente».

Respecto al informe del EDeAAS relacionado con lo declarado en Cámara Gesell, el juez de sentencia específicamente consideró relevante los **indicadores de abuso sexual infantil** mencionados por los profesionales, como son: aislamiento, sentimiento de vacío, necesidad de sostén, angustia en relación a la sexualidad y baja autoestima.

Como también los indicadores detectados por ellos en el debate, por ejemplo la psicoafectación manifestada como angustia. Así, aseveraron que «la joven habría presentado temores persecutorios y bajo rendimiento escolar lo que le habría llevado a repetir un año en la escuela».

Por su parte, también fueron tomadas en consideración las conclusiones de la perita de parte, Lic. Muñoz, relativas a no haberse podido comprobar trastornos emocionales, ni dificultades emocionales o psicológicas que determinaran de forma consistente el abuso sexual por haber manifestado un relato carente de detalles de las conductas de abuso.

El a quo valoró todas las conclusiones expuestas y estimó pertinente darle preeminencia a lo expuesto por los profesionales del EDeAAS y los PPMI de los Hospitales Humberto Notti y Ramón Carrillo. En primer término, por la cantidad de profesionales intervinientes en el caso: nueve especialistas de distintos efectores, áreas y con distintas especialidades estuvieron en contacto con la niña, de los cuales siete detectaron indicadores de abuso sexual infantil.

En tanto que la Lic. Bunader no emitió conclusiones (EDeAAS) y la Lic. Muñoz (perita de parte defensiva) puso en duda la ocurrencia de los hechos. De la contradicción entre Muñoz y los otros siete especialistas -relativa la existencia de los abusos-, el magistrado de instancia anterior refirió que debía acudir a otros medios de prueba para confrontar los puntos de vista disímiles.

Así, volvió a analizar el testimonio de la niña víctima y dejó constancia de su valoración de lo observado, lo que estimó como coherente, tanto desde el punto de vista interno como externo, manteniendo siempre su relato en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación a los hechos denunciados y la autoría de C L por ellos. Así, afirmó que «[a] diferencia de lo que observó la Lic. Muñoz, coincido con los especialistas del E.De.A.A.S. en que el relato de [M.V.F.] se presenta confiable, siendo un relato claro y sin contracciones de importancia, mencionando interacciones e incluso diálogos con su agresor sexual».

Tal valoración, entiendo que resulta adecuada, por lo que no resulta procedente el cuestionamiento de la defensa. En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos, en especial la declaración testimonial de la víctima con un relato coherente y congruente que se condice con el resto del material probatorio, y que la defensa no ha logrado desvirtuar en esta instancia. Por tales razones considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega» y «Zurita». En particular, como expuse en «Ojeda Pérez» «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: **i) A la amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió

en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia **Convención Belem Do Pará** donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”). Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. En razón de las consideraciones señaladas, estimo que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. En este sentido, en el precedente «Brancello Urbón» concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el precedente «Zurita» he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas. En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal – como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que

le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989).

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia».

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña.

Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en **cuenta la condición de género y edad de la niña (párr. 154)**.

El enfoque de género con un **análisis interseccional adoptado por la Corte IDH** en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita».

Es conveniente destacar también que, en el precedente **«V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua»** mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o

adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en **el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes** por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). Como bien expuse en dicho precedente «[e]n contextos familiares, cuando las niñas son abusadas sexualmente, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitoras y personas estrechamente vinculadas a éstas, como ocurre en la situación de V.M.M. (cfr. LS 318-87).

Por tanto, es importante también, analizar la declaración de la víctima «teniendo en cuenta si entre ella y el agresor existe o existió una relación de asimétrica de poder» y la información sobre consecuencias que pueden generar la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (**Di Corleto, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299**)».

«Asimismo, el principio «interés superior de la niña» (artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros» (Herrera, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061)».

A ello debe agregarse, como expuse en el precedente «Zurita» que «la responsabilidad parental, como en nuestro ordenamiento jurídico democrático vigente, se rige por principios generales –entre ellos, el primero es el del interés superior del niño/a, de acuerdo al inc. a del art. 639 del CCyCN y a la Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional–, y el Código le impone a los progenitores el deber de «cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; [...] d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos [...]» (art. 646 CCyCN) y les prohíbe «[...] los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes» (art. 647 del CcyCN)».

En el caso de autos, como bien surge de las declaraciones tanto de la víctima como de la denunciante, G Q –madre de la víctima menor de edad– cumplió acabadamente con la responsabilidad parental, a diferencia de lo que ocurrió en el **precedente «Zurita»**, que le impone el ordenamiento jurídico en tanto que apenas tomó conocimiento de las situaciones de abuso de su hija recurrió al sistema de justicia para que se procediera de conformidad con la ley y así proveerle el cuidado que tenía a su alcance a la niña.

Por su parte, en el precedente **«Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narváez Videla»**). Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y todo el material probatorio que agrega credibilidad. Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante, y me remito a lo que he señalado en los precedentes «Galdeano Reyes», «Ontivero Arancibia», «Merlo Lassa», «Alaniz Piñeira», «Concha Jesús» –entre otros– respecto a la forma en que la perspectiva de género debe aplicarse al caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

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

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

6- MOLINA. 15-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Vinc	NNA	-	IE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=657>

Lex: Art. 119, 1° párrafo, 58 del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Unificación de pena.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de dos años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple disponiendo además la pena única de cuatro años de prisión y cinco años de inhabilitación especial para la conducción de automotores, conforme al método compositivo.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria y la unificación de pena realizada. Estima que existen vicios in procedendo e iudicando.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Impuso las costas a la vencida y difirió la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Finalmente, tuvo presente la reserva Federal efectuada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1855 (21-02-20), pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados:

a- SCJM:

- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Porcel, E.
- L.S. 186-427
- L.S. 153-011
- L.S. 354-218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177

Doctrina citada.

Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Day.

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05342661-6/1((038601-80511)) FC/ M, D F POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105513549*

En Mendoza, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05342661-6/1 caratulada “FC/M, D F P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/CASACIÓN”.

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

A fs. 997/1110 vta., el defensor del acusado D F M interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.855 de fecha 21 de febrero de 2020 (fs. 940/941 vta.) y sus fundamentos (fs. 949/980), mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119 párr. 1 del CP) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-80.511/15, la cual unificó con la condena de tres años de prisión dictada por ese mismo tribunal –con otra integración– en la sentencia N° 824 de fecha 19 de febrero de 2019 dictada por en los autos P-96020/13, en la pena única de **cuatro años de prisión y cinco años de inhabilitación especial** para la conducción de automotores (art. 58 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado al entender que las pruebas producidas e incorporadas a la causa permitían tener por acreditado –con el grado de certeza requerido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio–, sólo una porción de los hechos que conformaron la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal. A saber: «[q]ue en fecha no precisada con exactitud pero el día 11 o 18 o 19 o 20 de agosto 2015, en horario comprendido entre las 13:10 y las 17:40 en momentos en que el niño A G A C de seis años de edad se encontraba **cursando primer grado** de la Escuela, sita en calle, del departamento de Junín, fue conducido por D F M, quien se desempeñaba como **celador** en ese establecimiento educativo, hasta un aula en desuso utilizada como depósito, en donde D F M tocó al niño en su cola» (ver fundamentos, fs. 962 y vta.).

Para decidir de esta manera, el tribunal de juicio valoró la declaración de la víctima en Cámara Gesell, cuyos términos estimó respaldados con los testimonios de los testigos que depusieron durante el debate, así como también, a través de los restantes elementos probatorios incorporados debidamente a la causa. En particular, las declaraciones de la madre del niño –L C A–, del personal del establecimiento educativo

en el que se desempeñaba el acusado –A S, S B, C M, M S, M D, N N, V R–, y de los profesionales de la salud que actuaron en la causa –Dr. Claudio Habiján y la Dra. María Cardona–. Cuadro probatorio que el a quo consideró completo con la denuncia, los informes psicológicos realizados a víctima y al acusado, así como su descargo y las demás pruebas incorporadas válidamente al proceso.

2.- Recurso de casación

El defensor de D F M interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada. Ello conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 C.P.P., esto es, por adolecer de vicios in procedendo e in iudicando en el razonamiento desplegado.

En el tramo de lo que suponen los vicios formales, el recurrente cuestiona la validez de la sentencia como acto jurisdiccional válido, al considerar que el tribunal a quo ha incurrido en **un vicio de motivación aparente**, como así también, en una valoración arbitraria de la prueba.

Agregan que la responsabilidad atribuida al acusado no es derivación razonada del principio de razón suficiente, sino que se da por sentada apriorísticamente sobre la base de inferencias probatorias que no se ajustan a las reglas de la sana crítica racional, la cual hace surgir exclusivamente del testimonio de la víctima, desconociendo la versión del acusado al formular su descargo. Por un lado, el defensor plantea la omisión de valoración de prueba dirimente que, a su criterio, desacredita la existencia material del hecho enrostrado a su representado.

En esa línea, plantea que la sentencia no integra a la valoración los testimonios de todos los celadores, maestros y directivos de la escuela en la que se desempeñaba el acusado, quienes manifestaron que no encontraron al niño en el supuesto lugar del hecho, ni que notaron su ausencia en la fila de ingreso o en el aula misma.

Agrega el recurrente que tampoco se valora en la pieza impugnada el informe de **Policía Científica** que contiene fotografías sobre el espacio físico en el que se habría producido el comportamiento delictivo, siendo que éstas evidencian la inexistencia de rastros o huellas en el lugar de los hechos, los que debieron necesariamente haber quedado dada la cantidad de tierra que había depositada en el suelo del lugar.

Asimismo, sostiene que el a quo descarta arbitrariamente el informe sobre el **examen psicológico practicado al acusado** del que se desprende que éste no presentaba indicadores o rasgos de perversión o pedofilia, al estimar que ello no prueba de ningún modo la inexistencia del hecho.

Aduce que el razonamiento condenatorio tampoco integra las declaraciones del menor en **Cámara Gesell**, oportunidad en la que no refirió amenazas, ni ninguna situación que hubiera podido motivar que no le comentara a su madre el hecho.

Cuestionan que se **desconoce completamente la versión de descargo brindada por el acusado**, a la vez que tampoco se valora como indicio desincriminante el informe del examen psíquico realizado a niño, en el que se consigna la falta de advertencia por el profesional interviniente de signos o síntomas de abuso sexual.

Por otro lado, el recurrente plantea reparos a ciertos argumentos de la sentencia en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar en que se habría producido el abuso sexual.

En esa línea, considera resulta «novedosa y sorpresiva» la interpretación que hace el sentenciante cuando razona –inadecuadamente– que la quemadura que presentó el niño en la parte posterior de los glúteos no tendría una relación temporal con el supuesto abuso.

Ello por cuanto, si esa posibilidad hubiera sido propuesta en el debate por alguna de las partes, habría dado la posibilidad de interrogar a la madre del menor durante el debate sobre este aspecto. Acerca del lugar del hecho, refiere que la conclusión del a quo no es derivación razonada de las pruebas obrantes en la causa.

Así, el cotejo **de fotografías** a las que hace alusión el sentenciante contenidas en el informe de Policía Científica, demuestra la inexistencia de huellas de pisadas en el lugar, pese a la cantidad de tierra que había en el suelo.

Desde allí, infiere que no puede interpretarse válidamente que exista una contemporaneidad entre la supuesta limpieza de la fotocopiadora con el hecho, pues ello reclamaría improntas de pisadas, tanto de pies del tamaño de un niño, como con las de un adulto. En otro orden, el casacionista plantea que la confrontación entre los dichos de los maestros y celadores con el testimonio del niño, sumado a la presencia de inconsistencias, demuestran que el relato de este último en Cámara Gesell no es creíble, sino que se trata de un recuerdo implantado, dado que contiene elementos que no permiten tenerlo por cierto.

Considera que su declaración ha sido parcialmente valorada por el sentenciante al justificar el peso probatorio asignado a través de apreciar tanto los límites de la edad del niño, como el contenido del «mísero» informe realizado luego de una única entrevista por el Dr. Habiján.

Finalmente, en el segmento destinado a los agravios sustanciales, el recurrente señala que si bien el sentenciante utilizó el método composicional, la pena unificada resulta exagerada.

Ello puesto que, de haberse analizado las circunstancias particulares del hecho precedente, las penas de cada uno de los delitos, las modalidades de ejecución posibles y el hecho de la prisión preventiva sufrida por el imputado a raíz de un hecho por el cual fue condenado y anulada su sentencia, la pena justa y equitativa que debiera haberse dictado sería la de tres años de prisión en forma condicional.

Entiende de este modo que, en la labor de **unificar las penas**, el a quo ha rebasado los límites de la razonabilidad, imponiendo una pena exagerada que no responde a la actividad intelectual que el método composicional le imponía. Formula reserva del caso Fral.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El representante del Ministerio Público Fiscal, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del imputado, entiende que el recurso extraordinario de casación promovido por esa parte debe ser sustancialmente rechazado (fs. 1028/1030 vta.).

Sostiene que la defensa pone en evidencia su discrepancia con la valoración efectuada por el tribunal de sentencia del plexo probatorio en general. Entiende que estas discrepancias no logran demostrar la existencia de arbitrariedad en la valoración de las pruebas, ni tampoco en la unificación de la pena.

Refiere que el tribunal de juicio brindó suficientemente las razones por las estimó acreditado el hecho material y la autoría del acusado en el mismo. Considera que si bien la defensa intenta desmoronar el

cuadro probatorio aduciendo que el niño no es creíble en su relato, así como que éste ha sido influenciado por su madre para referir el hecho, ello no se ajusta a las constancias de la causa.

Manifiesta que el desarrollo de los fundamentos comprueba que existió un análisis global de toda la prueba rendida en autos, y que el sentenciante ha brindado adecuados motivos para desestimar la prueba de descargo.

Afirma que no ha existido omisión de valoración de la prueba testimonial, sino que ésta ha sido considerada en la sentencia en sentido diverso al pretendido por el defensor, toda vez que aquélla corrobora aspectos centrales de la declaración de la víctima, tales como el lugar en que se cometió el hecho, el conocimiento que de su existencia tenían los celadores, y de lo que había en su interior.

Desde allí, advierte que para arribar a la certeza sobre la existencia material del hecho endilgado y la autoría del imputado, el plexo probatorio ha sido analizado y cotejado en su conjunto y totalidad por el sentenciante.

Con relación a **la unificación de penas**, estima que la condena única se ha dictado de conformidad con lo establecido por el art. 58 del CP, sin advertir irracionalidad o desproporción en su monto. En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y que, en consecuencia, se confirme en esta instancia la totalidad de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso.

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por la defensa del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia proveniente del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial no adolece de ninguno de los vicios denunciados por el recurrente.

a. Vicios in procedendo. Motivación aparente y arbitraria.

Acerca de la alegada nulidad de la sentencia por motivación aparente y arbitraria.

En el primer tramo de la crítica casatoria, el recurrente cuestiona el razonamiento probatorio seguido por el tribunal de la instancia anterior para conformar el grado de certeza que requiere el dictado de un fallo condenatorio.

Ello pues, a su criterio, la prueba obrante en la causa debidamente valorada no permite concluir asertivamente respecto de la existencia material del hecho investigado ni, por ende, en la responsabilidad atribuida a su representado en el mismo.

Sin embargo, verificadas –con base en la compulsas de las constancias de la causa– las premisas que subyacen en el razonamiento jurisdiccional en revisión, adelanto que este tramo de los agravios defensivos no puede prosperar.

Ello por cuanto, según entiendo, el juez de sentencia ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

De tal manera, sus agravios constituyen una mera reedición de los planteos que efectuara al momento de formular sus alegatos en la audiencia de debate, en base a su perspectiva sobre la valoración de la prueba,

sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional acorde a derecho, dado que aquellos fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

a.1. De manera preliminar, corresponde destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

Así, tal como surge de las constancias comprobadas de la causa, en el presente caso se juzgan conductas delictivas que, la mayor de las veces, suceden en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, aspecto que limita de por sí que resulte poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima.

Además, la víctima de autos es un niño de seis años que, por su edad, pertenece a un sector vulnerable de la población. La conjunción de ambos aspectos determina que, además de resultar prueba fundamental para la resolución de estos casos, el testimonio del sujeto pasivo del acometimiento sexual debe ser valorado de acuerdo a parámetros y criterios interpretativos amplios, que admitan alguna flexibilidad, al resultar ajustados a las características de la persona declarante –entre ellas, su menor edad–.

Así, y tal como señalé en diversos precedentes (así, en «Vega» y «Porcel, E.»), tratándose de una víctima menor de edad, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña **no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez** que el de un mayor de edad. Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, los que poseen raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) y, a su vez, se encuentran reconocidos y amparados en la **Convención de los Derechos del Niño**, aprobado mediante ley 23.849 en nuestro país, que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base. Por su parte, la ley 26.061 establece en su art. 3 que «[a] los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley».

A continuación detalla que debe respetarse: «a. Su condición de sujeto de derecho; b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e. El equilibrio entre los derechos y

garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f. Su centro de vida. Se entiende por "centro de vida" el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia [...] Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros».

A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia, que de algún modo determina una relación desigual de poder, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre.

Conforme lo expuesto, puede concluirse en que, frente a casos como el que resulta aquí examinado, la tarea de valoración del plexo probatorio debe ajustarse a los parámetros interpretativos contenidos en las normas jurídicas dirigidas especialmente a la protección de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

a.2. En el marco fijado en el acápite precedente, y del modo en que lo adelantara, **estimo que la valoración efectuada por el sentenciante no evidencia la arbitrariedad** requerida para ser revertida en esta instancia, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, el tribunal de mérito entendió acreditada la materialidad del hecho investigado y la intervención del acusado en el mismo, a partir de la entidad de cada elemento de prueba en sí mismo, y de su confrontación con el resto del cuadro probatorio. Desde allí concluyó que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa no hacían más que reforzar la hipótesis acusatoria en desmedro de la versión exculpatoria, en los términos fácticos que estimó acreditados.

Ese silogismo coloca acertadamente al testimonio de la víctima en Cámara Gesell en un lugar fundamental, al cual le asignó credibilidad por entender que –en lo sustancial y nuclear– sus dichos encontraron suficiente respaldo probatorio en el resto de los demás elementos probatorios que acompañan la causa.

a.3. A continuación se analizará de manera detallada los agravios propuestos por el recurrente, siguiendo el orden expositivo en el que aparecen consignados en el escrito recursivo incoado.

a.3.1. En primer lugar, el recurrente plantea que existen elementos probatorios de descargo que han quedado al margen de la valoración judicial. En ese orden, expresa que la sentencia omite considerar las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate por el personal del establecimiento educativo en el que se desempeñaba el acusado, quienes negaron haber encontrado al menor en el supuesto lugar

del hecho y, además, manifestaron que tampoco notaron su ausencia en la fila de ingreso o en el aula misma.

Sin embargo, considero que no le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone dado que no éstos no se condicen con las constancias comprobadas de la causa, las que dejan al descubierto que las alegadas omisiones no son tales.

En efecto, conforme se desprende de los fundamentos que acompañan el fallo, específicamente en el acápite destinado a analizar los elementos probatorios en orden a la acreditación del hecho delictivo, el tribunal de juicio principió su razonamiento haciendo expresa referencia a que «[d]ebemos tener en cuenta lo manifestado por el personal de la escuela –Docentes y Celadores- que a lo largo de la audiencia de debate fueron coincidentes [en] que, de dicho lugar [sala o pieza en desuso] nunca sacaron a A.A., ni a ningún otro alumno, como así también, que nunca faltó ningún alumno a formar fila al finalizar los recreos» (fs. 966).

Ello permite verificar el desacierto defensivo, pues se observa con claridad que esos aspectos – coincidentes– en sus deposiciones, no pasaron desapercibidos para el sentenciante, quien – adecuadamente– los integró junto a las evidencias probatorias obtenidas a través de otras fuentes de información. Este silogismo le sirvió para relativizar el valor convictivo de aquellas testimoniales sobre las que hizo hincapié el recurrente al posicionarlas ganancialmente como elemento dirimente de responsabilidad. En este sentido, el a quo analizó –y descartó– el planteo defensivo –reeditado hoy a modo de agravio casatorio– a partir de dos premisas argumentales distintas.

Por un lado, examinó –entre otros– los dichos de la directora del establecimiento educativo B. y de la docente S., y comprobó con ellos que ambas se pronunciaron en términos similares en cuanto a la cantidad de alumnos que estaban a su cargo, así como respecto del número de docentes entre quienes se repartían –y se asignaban– las labores de control y cuidado de los mismos en los dos turnos de cursado.

A partir de ello, el sentenciante interpreta – lógicamente– que resulta «[i]ncomprensible sostener que cinco o siete docentes nunca perdieron de vista, ni por unos instantes, a un promedio de entre ciento cincuenta y doscientos alumnos mientras estos jugaban, corrían y gritaban en los recreos», y agrega que, si bien ello no determinaba que los testigos hubieran faltado a la verdad, «[p]one de resalto la imposibilidad fáctica de las afirmaciones vertidas entendiendo que, en la generalidad de los días, el control de los alumnos dentro de la escuela era correcto» (fs. 967).

Por otro lado, y en el que estimo se encuentra alojado el aspecto más sólido para descartar la dirimencia desincriminatoria del dato aportado por los testigos referidos por la defensa, el a quo advirtió que la supuesta intervención de una docente en la dinámica modal en que se desarrollaron los acontecimientos investigados, no ha sido una información mencionada por el niño en su declaración. Sino que ese dato ingresó a la causa a través del testimonio de una testigo indirecta del caso, como es la madre del niño, quien tomó conocimiento de los hechos a través de los dichos de los dichos de su propio hijo.

El acierto de ese razonamiento se observa al repasar el desgrabado de la declaración de la víctima de abuso sexual en Cámara Gesell, oportunidad en la que nunca manifestó haber sido encontrado por una maestra en la habitación en la que se produjeron los hechos.

Por el contrario, sobre este punto observo que fue absolutamente claro al narrar que, luego del hecho, salió de la habitación en la que se produjo el tocamiento por parte del acusado, y se dirigió hacia el exterior

de la misma «a tomar el té». A su vez, y al responder preguntas de la entrevistadora, agregó que ello lo hizo «afuera», aludiendo así al patio del colegio, durante el recreo (ver desgravado de Cámara Gesell, fs. 439/450, en especial, fs. 448 vta.).

Nótese que esa descripción dinámica de régimen escolar se corresponde con los dichos de la celadora del colegio M. S., quien al referirse particularmente a los tiempos y la modalidad de los recreos, dijo que «[a] la tarde hay tres recreos [...] en el primer recreo le damos la fruta, en el otro recreo la merienda, [en] el de las 15:30 repartimos la fruta y hacemos parecido, solo que ponemos una mesita con las tacitas, ponemos un mesón [...] llevamos la olla con la leche o el té o lo que fuese y la tortita, sándwich o lo que hubiese y así le repartimos la merienda a los chicos, estamos en el patio» (fs. 954 vta.).

Al ser consultado por la entrevistadora en Cámara Gesell acerca de si, «[a]parte del F. ¿entró alguien a esa pieza después?», el menor respondió que «no» (fs. 448 vta.) Obsérvese que no sólo el niño nunca mencionó aquella supuesta intervención de una tercera persona, sino que también negó categóricamente el ingreso al lugar de alguien distinto al acusado luego de haberse producido el acometimiento sexual.

En base a lo hasta aquí dicho, no se observa qué aspectos de las declaraciones del personal del establecimiento educativo donde se produjo el abuso sexual han sido omitidas en el razonamiento probatorio seguido por el tribunal a quo en la determinación de los hechos, ni mucho menos cuál sería el grado de decisividad sobre la decisión final adoptada al respecto.

Lo afirmado en la última parte del párrafo anterior se refuerza al observar que, aún cuando se le reconociera hipotéticamente la razón al recurrente, tampoco se percibe de qué manera los supuestos fragmentos de las testimoniales señaladas por el defensor alteran –en lo nuclear– el razonamiento jurisdiccional en orden a la existencia material del hecho, al sustentar una hipótesis alternativa sólida que logre desincluir a M como autor del abuso sexual que se le atribuye.

Así, la circunstancia de que ni la directora, ni las maestras a cargo del cuidado del menor, ni tampoco el personal de maestranza y cocina del establecimiento educativo notaran la ausencia de la víctima en un lapso de tiempo durante uno de los recreos, o al momento de ingresar al aula, dadas las particulares circunstancias comprobadas del caso en que se produjo el acometimiento sexual, no resultan determinantes para conformar una explicación alternativa que niegue la ocurrencia material del mismo.

De tal manera, no encuentro vicio en el razonamiento del sentenciante cuando afirma que, dentro del normal y cotidiano desarrollo de los recreos, según la cantidad de alumnos y el escaso número de docentes a cargo de ellos, puedan perderse de vista por breves instantes a alguno de los aquéllos.

Esa conclusión encuentra una justificación más al observarse la coincidencia entre las declaraciones de los testigos, los dichos del acusado, y el croquis ilustrativo (fs. 21) respecto de la ubicación física del lugar en el que se cometió el ataque sexual.

Ello pues, surge subjetiva y objetivamente comprobado que la habitación en desuso utilizada por el acusado para perpetrar el hecho al margen de la observancia de terceras personas, se ubica detrás del escenario del colegio, lo que determina un ámbito físico compartido con el patio en el que los alumnos del grado al que concurría la víctima, durante las horas de la tarde, permanecían durante los recreos. Con lo cual, esa proximidad entre ambos espacios, torna compatible su ocurrencia material con la falta de notoriedad de la ausencia de la víctima por parte de quienes estaban a su cuidado durante el recreo, ya que la dinámica modal que asumió la consumación del ilícito no precisa un desplazamiento físico que

insuma un trayecto o un que haya excedido el límite temporal de un recreo. Por todo ello, el punto de agravio debe ser rechazado.

a.3.2. Por otra parte, el recurrente cuestiona que no se valoró la ausencia de rastros o huellas en el lugar de los hechos, lo que surgiría de la observación de las fotografías incorporadas al expediente a través del informe de Policía Científica.

Entiendo que tampoco acierta la defensa en el argumento que propone, desde que ese punto ha sido debidamente abordado por el tribunal de juicio al momento de dictar sentencia, lo que descarta una omisión de valoración prueba relevante en los términos propuestos por el letrado.

Concretamente, en uno de los pasajes de los fundamentos del fallo, el a quo encuentra que la credibilidad de **relato de la víctima en Cámara Gesell** resulta –también– de sus afirmaciones respecto a las características del lugar donde ocurrió el hecho y, particularmente, de su descripción sobre el mobiliario que se encontraba en su interior. Estos datos fueron interpretados y valorados por el sentenciante en orden a la especificación espacial y temporal del hecho, integrando un razonamiento probatorio en el que no encuentro fisuras que den margen para sustentar una duda razonable sobre esos extremos fácticos. Ello pues, la información aportada por el niño, valorada de acuerdo a las particularidades que influyen en la precisión de su relato, fueron cotejadas y corroboradas –precisamente– con la prueba cuya omisión declama el recurrente.

En ese sentido, soslaya el defensor la articulación que hace el tribunal de juicio entre el contenido del informe en cuestión (fs. 356/358) con el testimonio de la víctima y con las declaraciones del personal docente y celadores del establecimiento educativo donde se produjo el hecho, desde donde comprueba que la inspección realizada comprobó que, en el interior del lugar examinado, se observaba la presencia, entre otros elementos, de una fotocopiadora marca «Toshiba 355» –indicio N° 1– ubicada en el piso.

Esa evidencia fue confrontada en la sentencia con la descripción que hizo el niño al incluir, entre los objetos de la habitación donde se produjo el hecho, la presencia de “fotocopiadoras” y, además, con los dichos de quienes, trabajando en el colegio, y teniendo un conocimiento actualizado sobre ese mismo lugar –celadores– coincidieron en que allí se guardaban diversos objetos en desuso, entre los cuales se hallaban «fotocopiadoras» (fs. 953).

A su vez, el informe cuya omisión se cuestiona da cuenta que esa misma máquina presentaba «limpieza sobre borde posterior medio», que «habría sido producida por un elemento de características blandas y presenta contemporaneidad al momento de la inspección” (fs. 357 vta./358). Esta información fue integrada al razonamiento del a quo cuando entrelaza la contemporaneidad detectada con el momento en que se realizó la inspección –21 de agosto de 2015, a las 13:50 hs.–. A partir de allí, el juez de sentencia deduce la presencia directa de un agente productor cercano al momento de llevarse a cabo la misma (fs. 964).

Obsérvese que el menor dijo que el abuso sexual consistente en el tocamiento del imputado sobre la zona de sus glúteos, tuvo lugar mientras se encontraba «sentado» (fs. 446 vta.).

Entiendo que esa relación de contemporaneidad entre el aspecto externo constatado de la fotocopiadora con el abuso sexual que tiene por acreditada la sentencia, no se desvanece porque no se apuntó en el informe cuestionado la presencia de huellas de pisadas de personas. Ello por cuanto, la efectiva presencia del menor y del imputado al momento de producirse el hecho delictivo, se explica no sólo con ese informe,

sino con otros medios de prueba. En particular, con la declaración de la propia víctima, punto sobre el que volveré más adelante.

De este modo, el agravio en examen tampoco puede ser admitido en esta instancia, pues ha quedado demostrado que el informe alegado no ha sido marginado de la valoración judicial. Con lo cual, la propuesta defensiva en este punto no es más que una interpretación parcial de su contenido, que es utilizada para proyectar su hipótesis desincriminatoria pero que no logra acreditar.

a.3.3. Idéntica solución merece la crítica casatoria mediante la que se cuestiona la omisión o errónea ponderación del informe del examen psíquico realizado al imputado (fs. 206).

Si bien le asiste razón al recurrente cuando señala que los profesionales que estuvieron a cargo de esa labor –Lic. Mussé y Dr. Sosa, del Cuerpo Médico Forense de la Tercera Circunscripción Judicial, de la perito de parte, Dra. Cardona–, asentaron en el informe, entre otras consideraciones, que **M «no presenta trastornos en la esfera sexual»**, considero que ese aspecto de su personalidad no es un elemento determinante para tener por acreditado la existencia material de un hecho como el analizado en las presentes actuaciones.

En este sentido, considero que **no resulta necesario demostrar ni comprobar la existencia de determinados y particulares indicadores como los que señala la defensa para tener por acreditados hechos de abuso sexual.**

No se requiere que un examen o pericia deba demostrar un perfil o una patología de «abusador sexual», ni ello es necesario para fundamentar una condena por esta especie de comportamientos delictivos a una persona menor de edad. En función de ello, no cabe deducir sin más –como lo hace el recurrente– que la falta de comprobación en el imputado de trastornos en el orden sexual impida tener por acreditada la autoría de un hecho de abuso sexual. Interpreto que se trata de un elemento que, como tal, debe ser confrontado necesariamente con los demás elementos de prueba obrantes en la causa, especialmente con el informe psicológico de la víctima.

Precisamente –y como se verá en lo que sigue– ese ha sido el camino adoptado por el sentenciante cuando contrapone el perfil psicológico del acusado con el informe del Equipo de Prevención del Abuso Sexual Infantil (EPASI). Con lo cual, el cuestionamiento defensivo examinado debe ser desestimado.

a.3.4. Sostiene el quejoso que el tribunal de juicio valoró incorrectamente la declaración de la víctima en Cámara Gesell dado que, a diferencia del valor asignado en la sentencia, su testimonio adolece de inconsistencias y contradicciones que lo privan de credibilidad, al mismo tiempo que lo identifican con un «recuerdo implantado». Así refiere que aquellas inconsistencias y contradicciones han sido omitidas de toda consideración en la resolución impugnada.

Contrariamente a lo argüido por la defensa estimo que en la sentencia se valoró adecuadamente la versión aportada por el niño. Así, se le asignó justificadamente a esa versión de la víctima un papel fundamental como fuente de comprobación de la hipótesis acusatoria –en el marco fáctico tenido por acreditado en la sentencia–, al detectar en el relato parámetros que lo dotaban de veracidad.

Ello, al tener especialmente en cuenta –como se adelantara en las consideraciones generales analizadas precedentemente– el carácter del delito en tratamiento, cometidos, en general, en ámbitos íntimos, sin la presencia de terceras personas.

De tal manera, el testimonio del niño ha sido valorado con toda la rigurosidad que impone el sistema de valoración de la prueba, desentrañando y asignando el mérito intrínseco que es aquí atacado por el recurrente.

Además, los términos que conforman su relato han sido confrontados con los demás elementos probatorios que obran en la causa, los que corroboraran su fuerza convictiva. En especial, aquí se observa el debido contraste del relato inculpativo de la víctima de abuso sexual con la interpretación que realizara el médico psiquiatra que realizó el examen psíquico al menor en el EPASI –Dr. Habiján–, junto con las testimoniales prestadas durante el debate. Este cuadro probatorio luce robustecido con las pruebas indirectas –indiciarias– obtenidas a lo largo del proceso, las que, en su conjunto, confluyen a admitir que la descripción circunstanciada del hecho realizada por el niño, y la atribución de responsabilidad en el mismo sobre el acusado, cuenta con base cierta para otorgarle credibilidad.

En virtud de ello, entiendo que la alegada fragilidad o mendacidad atribuida por el defensor al testimonio de la víctima sólo constituye una mera discrepancia con el modo en que el tribunal a quo interpretó sus dichos, que no logra desvirtuar razonablemente el peso convictivo adecuadamente asignado. Como adelanté, en el sub examine, debe considerarse necesariamente, tal como lo fue realizado por el a quo, la minoría de edad del sujeto pasivo del delito al momento del acometimiento sexual, así como el marco contextual que rodeó el hecho.

Esto en tanto se trata de aspectos que no sólo influyen decididamente en la capacidad de recordar y de transmitir la experiencia traumática vivida, sino que también explican cierta falta de rigor lógico en sus expresiones que, en apego a la verdad, sólo se advierten sobre aspectos contingentes y secundarios del hecho investigado.

Ello me permite compartir con el sentenciante cuando afirma que «el menor A.C. se expresó de manera clara, sincera, veraz, y que, sin perjuicio de los límites propios de su edad, [en] el modo de expresarse se aprecia un vocabulario que le posibilita una adecuada comunicación» (fs. 971 vta.).

El repaso del desgrabado de la entrevista en Cámara Gesell comprueba las cualidades anteriormente señaladas, además de revelar los aspectos sustanciales en que consistió el abuso sexual. Así, el niño limitó la descripción del suceso a aquello que vivió en el interior del colegio al que concurría, más específicamente dentro de una «piecita» en cuyo interior, y en palabras textuales del niño «estaba todo rotpido [entiéndase, roto], hay muchas cosas que están rompidas [entiéndase, rotas]. Están rotas [...] hay fotocopiadora, hay mesas, hay juguetes, hay pizarrón [...]». Recordó los nombres de los celadores, «B.» y «F», diferenciando con claridad su consideración respecto ellos cuando dijo que «al B. no lo tienen que llevar preso porque él no me hizo esto. Fue el F», y reiteró que «el B. no me hizo nada. El F. sí». Luego de lo cual, ante preguntas formuladas por la entrevistadora, fue preciso y contundente al individualizar al acusado –F M– como quien lo tocó «en la parte de atrás» sirviéndose de la ayuda de un muñeco para señalar que la zona alcanzada por la acción delictiva fueron sus glúteos. Detalló que esta acción fue realizada por el sindicado «por arriba» de su ropa y «con la mano», refiriendo que el agresor estaba ubicado «a su costado» mientras él estaba «sentado», y que esto había ocurrido sólo «una vez» (ver fs. 440/450).

Repárese que ninguna de estas expresiones ha sido cuestionada por el casacionista, quien sólo impugna la contundencia de sus dichos porque el menor incluyó en su testimonio algunos aspectos que no

quedaron comprobados a través del plexo probatorio que acompaña la causa. Sin lugar a dudas, como lo adelantara, se trata de aspectos o circunstancias accesorias, circundantes y –por ende– no decisivas al hecho enrostrado al acusado, las que, en su mayoría, surgen de confrontar el testimonio de la víctima con la declaración de un testigo indirecto del suceso, como es su madre. Pero bien, aún con esas diferencias referidas concretamente a la existencia de amenazas o a la intervención de una tercera persona –docente– que ingresó al lugar del hecho y encontró allí al niño, entiendo que ellas no desmerecen la verosimilitud reconocido a su relato.

Ello pues, como bien se mencionó anteriormente, se trata de información introducida a la causa únicamente por aquella testigo, que ha sido debidamente analizada en la sentencia y que, según observo, pierden sentido frente a la contundencia esclarecedora que ostentan los dichos de la víctima cuando describe con absoluta precisión el lugar del hecho, especifica los objetos que se encontraban en su interior, y ubica allí a M y no a otra persona (ver fundamentos, fs. 974 vta.). En línea con lo expuesto, acierta el tribunal de juicio cuando respalda la credibilidad del relato de la víctima a través de la declaración del Dr. Habiján en debate pues, en dicha oportunidad, explicó el contenido del informe del examen psicológico que le **fuera practicado al menor por el EPASI**, que contara con la participación de la Dra. Cardona como perito de control de la defensa. En ese sentido, la sentencia repara en que, a través de la articulación entre ambos elementos –prueba instrumental y prueba testimonial–, se confirma la verosimilitud del niño cuando narró la ocurrencia del episodio de connotación sexual que se lo atribuyó directamente al acusado. Es de resaltar que, según el informe en cuestión, se observaron indicadores de abuso sexual infantil en el relato del niño, dado que «mediante un comentario inicial, y sumamente espontáneo [...] detalla una causal para interrumpir su concurrencia a la escuela, causal que define como “problema” que tuvo con un “hombre” en el ámbito escolar [...] que puede diferenciar claramente como una experiencia de connotación sexual (en el potito) vivenciada, y no como el resultado de algo que le pudieran haber dicho».

Asimismo, se descartó la existencia de «indicios comunicacionales [o] psíquicos, compatibles con fabulación o con la creación de historias inexistentes”, pues la información suministrada por el niño reunía “elementos que le otorgan confiabilidad al discurso» (ver informe, fs. 189/191). Mientras que, ya en el marco del juicio oral, el Dr. Habiján no sólo ratificó el contenido de ese informe sino que, además, y frente a los interrogantes formulados por el representante fiscal interviniente y por el defensor del acusado, precisó y explicó diversos puntos del mismo.

En cuanto lo que aquí resulta más relevante, el médico declaró que «cuando el niño menciona “problema”, teniendo en cuenta que es un niño de seis años, uno puede inferir que no viene con un discurso pre-armado» (00:05:30). Agregó que «en el informe está identificada una persona que lo hemos consignado entre paréntesis como “F”. Es decir, de alguna manera el niño indicó con quién había tenido el problema en la escuela» (00:05:57). Luego, al ser consultado sobre referencias al tipo de problema al que se había referido el niño, explicó que al saber «diferenciar lo que es un juego de aquello que no es un juego», ello permitió interpretar que el entrevistado «estuvo expuesto a una situación traumática» (00:06:25) que, dadas las referencias que hizo, se trató de una experiencia con «connotación sexual», ya que aquel hablaba «del potito» (00:06:40).

Posteriormente, fue directamente consultado por el fiscal para que precise si esa experiencia traumática de carácter sexual en la escuela estaría vinculada al celador, a lo que el profesional contestó que «si el celador es F, sí» (00:07:05).

Mencionó, en orden a la credibilidad del relato, que «cuando la versión que brinda un niño es concreta, no sobreabunda en detalles, pero sí da detalles específicos de la situación, es muy raro que eso sea producto de la imaginación o de un invento» (00:07:58), precisando que la descripción «dentro del horario escolar [de] un espacio donde se ubicaba una fotocopiadora, ese es un detalle específico» (00:08:30). Asimismo, al ser interrogado respecto del punto del informe referido a la falta de presencia de signos o síntomas de estrés post traumático, el testigo acotó ese resultado al momento en que se realizó el examen psicológico, en el que, si bien el niño no presentó una «sintomatología completa», ésta puede ser desarrollada con posterioridad, «en los meses siguientes».

Justificó ese resultado en la proximidad temporal que hubo entre la entrevista con respecto al hecho, por lo que entendió que «a veces no se le da tiempo a la víctima de desarrollar el cuadro» (00:10:26). Interpelado por el defensor sobre esta explicación, dijo que la existencia de síntomas «depende del tipo de experiencia, de las características de la víctima y también de las connotaciones de contexto que en la víctima existe. Eso determina, por ejemplo, en el caso de abuso sexual infantil, determina que un niño muchas veces [...] disimule los síntomas [...] no hay un tiempo estandarizado» (00:11:43). Precisamente, y vinculado con ello, el recurrente cuestiona la tarea valorativa del tribunal de juicio, interpretando que ha omitido ponderar a favor del acusado la inexistencia en el menor de una sintomatología vinculada a un hecho de abuso sexual.

Entiendo que ese argumento se muestra inconducente a su recepción en esta instancia dado que, según entiendo, bajo ningún punto de vista se observa arbitrariedad o parcialidad en la valoración de ese aspecto del examen psicológico realizado a la víctima (ver fundamentos, fs. 972 vta./974). Por el contrario, advierto que es el defensor quien soslaya no sólo la integridad del mencionado informe, sino además, y particularmente, el pasaje de la declaración del Dr. Habiján cuando aclaró que «la entrevista para determinar si el niño estuvo expuesto a una situación traumática, en este caso de connotación sexual, se centra en la escucha atenta de un relato, para determinar si ese relato tiene indicadores de mayor o menor confiabilidad y en detectar lo que nosotros llamamos la psicoafectación, que sería la parte sintomatológica de la entrevista», puntualizando en que «al niño se lo observó angustiado y avergonzado en relación a la temática, lo cual es parte de la sintomatología del cuadro» (a partir de 00:13:30). En suma, la crítica del lugar central que el tribunal de juicio le asigna a la declaración de la víctima, dado el contexto en el que se produjo el abuso sexual, no puede prosperar. Ello en razón de que, como se analizó, ninguna de las premisas de las que parte el recurrente para calificar de arbitraria la valoración de ese testimonio encuentra respaldo en las constancias de la causa.

a.3.5. Como corolario de las críticas efectuadas, el recurrente plantea reparos en cuanto a la determinación de las **circunstancias temporales del hecho**.

Considera que el razonamiento judicial dedicado al respecto luce inadecuado, además de violatorio del derecho de defensa y de los límites que hacen a la imparcialidad del juzgador. Estimo que no le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone, debiéndose rechazar el agravio incoado.

En efecto, considero que la esencia del planteo contenido en este punto de la crítica casatoria radica consiste, una vez más, en una disconformidad con el modo en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba incorporados a la causa para precisar el lapso de tiempo dentro del cual se produjo el hecho de abuso sexual enrostrado al acusado, por resultar ese razonamiento contrario a los intereses que representa.

Debe señalarse que la determinación del momento en que se produjo el abuso sexual, resulta verificada en el razonamiento del a quo puntualmente a fs. 962 vta./966. En este tramo de la sentencia se realiza un análisis de la prueba en relación a esta circunstancia fáctica, la que surge determinada a partir de la planilla de asistencia al establecimiento educativo de parte del imputado –celador–, como así también, del niño (fs. 461/492), cuyo contenido fue ratificado en debate por la directora del mismo –S.–. A ello el sentenciante agregó el acta de procedimiento, el informe de policía científica en el que consta la inspección realizada en el lugar en el que se cometió el ilícito objeto del proceso (fs. 356/358) y, además, las declaraciones de la madre del niño, así como del personal docente y celadores del colegio en relación a las medidas de seguridad que presentaba la sala en desuso. No se advierte cuál sería el vicio que teñiría de inadecuado o «parcial» la lógica probatoria seguida al respecto por el tribunal de la instancia anterior. Ello pues la conclusión alcanzada se asienta en la contemporánea concurrencia durante esos días –11, 18, 19 y 20 de agosto de 2015– a la Escuela de M y de la víctima. Dato al cual se le adiciona el resultado de la inspección de fecha 21 de agosto del mismo año, actuación desde donde el sentenciante obtiene prueba indiciaria respecto de la presencia directa en el interior del lugar de reciente data. Esto se completa en la sentencia con la declaración de la madre de la víctima –L. C.– al describir el modo en que tomó conocimiento del abuso sexual sufrido por su hijo. Entiendo que sus dichos admiten ser valorados e interpretados del modo en que lo hace el sentenciante, cuando separa o desvincula el momento en que advirtió la quemadura en el glúteo de su hijo, con el momento en que se produjo el ilícito investigado (fs. 963).

a.3.6. Finalmente, tampoco la hipótesis brindada por el acusado consigue erigirse como una explicación alternativa de los hechos que deba derivar en su absolución con base en el principio in dubio pro reo, tal como lo solicita el recurrente.

Ello en el convencimiento del acierto del tribunal de mérito cuando niega la existencia de razones para dudar de que el hecho efectivamente existió o que todo se trató de un recuerdo «implantado» en la mente de la víctima, por cuanto la versión desincriminatoria de los hechos se encuentra huérfana de toda prueba.

a.4. En función de todo lo hasta aquí analizado, entiendo que el fallo ha fundado satisfactoriamente los extremos de la imputación, específicamente en lo relativo a la materialidad del hecho en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la intervención culpable que le cupo al acusado como autor del mismo.

b. Vicios in iudicando. Unificación de la sanción penal

Acerca de la unificación de la sanción penal. En este tramo de su impugnación, la defensa estima que el monto de pena única aplicado a su representado resulta exagerado, considerando que para su cuantificación, el tribunal de juicio no ha tenido en cuenta las circunstancias particulares del hecho juzgado a través de la sentencia condenatoria precedente, las escalas penales en abstracto de cada uno de los delitos, las modalidades de ejecución posibles y el tiempo que el acusado estuvo en prisión preventiva en los presentes obrados.

A partir de lo cual, estima que la **sanción justa y equitativa** que debería haberse aplicado sería la de tres años de prisión en forma condicional. Estimo que los argumentos mediante los cuales el recurrente intenta controvertir el monto de penalidad determinado en la sentencia como consecuencia de la unificación practicada, no pueden prosperar en esta instancia, puesto que no se advierten vicios capaces de controvertir el razonamiento del a quo.

En primer lugar, corresponde mencionar que el letrado no pone en tela de juicio la individualización de la pena que realiza la sentencia en orden al hecho investigado en autos. Sin perjuicio de ello, a fin de asegurar el debido análisis del agravio promovido, debe referirse que en el razonamiento que sostiene la mensuración efectuada no se advierte arbitrariedad ni vicio alguno, toda vez que los parámetros tenidos en cuenta por el juez de sentencia han sido debidamente considerados.

En segundo lugar, tampoco se observa arbitrariedad en el razonamiento por el que se establece el quantum de la penalidad única aplicada.

Ello pues, inversamente a lo manifestado por la defensa, el tribunal de la instancia anterior ha justificado adecuadamente la adopción del **método composicional** para proceder a unificar las condenas a los términos del art. 58 del CP (ver al respecto, L.S. 573-206), así como los parámetros seguidos para la determinación de la única respuesta penal aplicada al acusado.

A ello cabe agregar que tampoco el recurrente concreta el agravio propuesto, limitándose en este segmento del recurso casatorio a realizar una crítica abstracta de aquella actividad jurisdiccional, señalando supuestas omisiones de valoración, pero en ningún momento refiere específicamente cuáles son y por qué razón estima que tales circunstancias deben impactar decisivamente en el monto de la pena unificada, traduciéndose en una disminución del mismo en los términos pretendidos. De este modo, el agravio propuesto debe ser rechazado.

c. En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y confirmar la sentencia puesta en crisis. Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dra. Day. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y LA DRA. M. TERESA DAY adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y LA DRA. M. TERESA DAY adhieren al voto que antecede.

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

. Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y LA DRA. M. TERESA DAY adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva Fral efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro

7- SALAS ROMERO. 15-03-21.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcSRO.pdf

Lex: Art. 119, 3º párrafo C.P.; arts. 474 incs 1 y 2 C.P.P.; Ley 24685. Convención Belem Do Pará. Corte IDH y CIDH.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Análisis sobre investigación criminal como garantía del derecho a la verdad. Consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal. El SA es celador del colegio donde concurría la víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación considerando que existe motivación errónea, contradictoria, ilegítima y arbitraria. Cuestiona la autoría en base al testimonio de la presunta víctima. Omisión de valoración de algunos testimonios.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, correspondiendo confirmar la Sentencia cuestionada. Concluye que los agravios constituyen una discrepancia propia de la labor defensiva.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y se tuvo presente el caso federal.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1246 (20-05-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1° C.J.

Precedentes citados

a- SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Muñoz García. 07-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=223>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
b-CIDH
- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 25-10-2000:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Véliz Franco y otros v. Guatemala. 19-05-2014:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

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

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05343180-6/1((018601-62269)) F. Y QUER. PARTICULAR C/ S R O A P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105514330*

En Mendoza, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05343180-6/1, caratulada "F. C/ S R, O A P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado O A S R interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.246 (fs. 1.434 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1.442/1.484), por cuanto condena a su asistido a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 119 tercer párrafo del C.P.), pronunciamiento dictado por voto mayoritario en la causa N° P-62.269/18 por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso de casación interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamientos sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 2 de agosto de 2018, en el horario comprendido entre las 14:12 y 14:15 hs. aproximadamente, en el interior del colegio, ubicado en calle del departamento de, Mendoza, O A S R, celador del colegio, abordó a la menor de cuatro años de edad U F P L en el sector de inodoros de varones del baño correspondiente a la sala de cuatro y cinco años de jardín de infantes de la referida escuela, y luego de quitarle la bombacha, le introdujo sus dedos en la vagina y en el ano». Para así decidir, la mayoría del tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima U F P L (v. acta de desgrabado de fs. 251), los informes del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual de fs. 284 y fs. 526/527 (E.De.A.A.S.), el examen físico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 43 (CMF), el informe interdisciplinario del Programa Provincial de Maltrato Infantil del Hospital Notti (fs. 45/47, 509/513), el acta notarial suscripta por la escribana Celia G Madrera (fs. 774/779), las fotografías de las manos del acusado S R (fs. 591/594), el acta de descripción morfológica del acusado (fs. 213 y 591), el informe de División Delitos Tecnológicos (fs. 1035/1038) y demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa basa su impugnación en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, esto es, en la presencia de vicios in iudicando y vicios in procedendo. Funda la crítica formal al considerar que se ha vulnerado el art. 416,

inc. 3 y 4 del CPP, ya que se advierte que la sentencia presenta una motivación contradictoria, ilegítima y arbitraria, y un apartamiento de las reglas que impone el sistema de la sana crítica. En tal sentido, sostiene que la sentencia cuestionada da por cierto el testimonio brindado por la menor en Cámara Gesell, en cuanto a cómo acontecieron los hechos, su autor y el lugar en el que habrían acontecido los abusos, apartándose de los principios que rigen la sana crítica racional.

Alega en tal sentido la existencia de contradicciones en la descripción que realiza la menor víctima del autor del hecho, en particular, con relación a la vestimenta y el conocimiento previo de su abusador. Cuestiona que a partir de las imprecisas descripciones aportadas por la supuesta víctima y el indicio de ser observado el acusado en las cámaras de seguridad del colegio en las inmediaciones en donde se encontraba la menor el día del hecho, se circunscribió la investigación a su representado. Agrega que forma parte de este indicio la circunstancia de que S haya salido del foco de las cámaras por dos minutos y treinta y seis segundos, tiempo en el cual se presume que S perpetró el abuso en contra de la menor. Critica que no se haya seguido la línea de investigación sugerida por División de Delitos contra la Integridad Sexual en donde se señalaba como sospechoso a otro celador de la institución, N G, quien fue observado en un video masturbándose en un baño del colegio. Entiende que en el análisis de tal circunstancia, la mayoría del tribunal de sentencia omitió valorar el testimonio de M E P, a partir del cual se puede desvirtuar el aludido indicio. Con relación a la marcación pasiva que realizó el perro «Quando» del Cuerpo de Canes en dos casilleros (uno pertenecía a S y el otro al celador que la Dirección de Investigaciones sugirió investigar, N G), sostiene que no se pueden calificar como confiables los hallazgos, no sólo por la poca experiencia del perro utilizado en la inspección, sino también porque no se aplicaron las técnicas adecuadas. En otro orden, manifiesta que el Subcomisario Gallardo le encargó a la madre de la niña un manejo paralelo de la investigación, para que ésta interrogara a la menor, le exhibiera fotos, la expusiera a imágenes y prácticas contrarias a las más elementales recomendaciones de expertos para el abordaje a A.S.L. Señala contradicciones entre las declaraciones de la progenitora de U y de E E, y lo declarado por la niña en Cámara Gesell en cuanto a que no había contado nada en la escuela. Respecto a los quistes o lipomas que S presenta en su brazo y en sus manos, la defensa adhiere a los argumentos vertidos por la Dra. Salido en su voto minoritario. Afirma que de la evaluación conjunta de los indicios analizados no se deriva un juicio certero de la autoría de S. Sostiene que sólo se puede concluir que S estuvo cerca de la entrada al patio de baldosas en una hora en donde la maestra tuvo a la niña a su vista, que uno de los canes encontró un olor débil de la niña en dos casilleros (uno perteneciente al acusado) y que S tiene en sus manos lipomas pequeños del mismo color de la piel.

En otro orden, considera errónea la valoración que realiza la mayoría del tribunal de sentencia del testimonio prestado por F G, por cuanto entiende que el acusado en parte del tiempo que sale del foco de la filmación estuvo reproduciendo el video que le había mandado G y que también se ve a otro hombre, perteneciente al ámbito de maestranza cerca del límite perimetral de ambos patios. Señala que los informes y testimonios de la Dra. Olivia Roca del Hospital Notti, y la Dra. Verónica Brahim del CMF, fueron interpretados con parcialidad por la mayoría del Tribunal de sentencia. Asegura que de una adecuada valoración de estos elementos de prueba se puede válidamente descartar la autoría de A S y que el abuso se haya producido en las instalaciones del colegio Murialdo. Entiende que hubo intencionalidad y parcialidad de la mayoría del tribunal de la instancia anterior a la hora de sentenciar puesto que ya desde el inicio, al descartar las explicaciones de S en su declaración, derivó una presunción en su contra. Afirma también que la mayoría del tribunal de sentencia omitió de forma arbitraria valorar el informe obrante a

fs. 743, las testimoniales incorporadas por lectura de la Lic. Alma Fernández Hasan de fs. 1027/1030 y la del Lic. en psicología Andrés Gottfried. Refiere que nada dice el juzgador acerca del nulo o escaso conocimiento que manifestaron tener el Dr. Agustín Agasso y la Lic. Ana Cucchi acerca de algo básico para su especialidad como profesionales de la salud mental especialistas en niños, respecto de los criterios de credibilidad, tales como el SVA y el CBCA. Expresa que nada dice la mayoría del Tribunal a quo de lo contundente del contenido del informe del Lic. Guillermo Messina de fs. 285/291. Por las razones expuestas, solicita se case la sentencia recurrida y se absuelva a su representado por el delito en virtud del cual fue condenado, disponiendo su inmediato recupero de la libertad. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada. Entiende que de la lectura de los fundamentos del fallo surge que el tribunal en su voto mayoritario realizó un profundo análisis de los extremos que lo llevaron a concluir que el imputado perpetró el hecho por el que resultó condenado. Destaca que se valoró las declaraciones testimoniales y el resto de la prueba incorporada al debate, lo que sumado a los indicios, permitió apreciar la fuerza que surge de esa reunión.

Con relación al testimonio prestado por M E P, sostiene que la mayoría del tribunal de sentencia explicó de forma adecuada los motivos por los que entendía que la declaración de la testigo carecía de verificación periférica. Por otro lado, advierte que el juzgador analizó las declaraciones testimoniales del acusado, del personal de mantenimiento, y las correlacionó con otros medios de prueba, tales como la información que surgió del teléfono del acusado y la actuación notarial.

Concluye que los agravios de la defensa constituyen una discrepancia propia de la labor defensiva, pero no logran menoscabar la contundencia de los fundamentos de la sentencia en su voto mayoritario. En razón de ello, sostiene que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

Tal como surge del escrito recursivo, los agravios esbozados por el impugnante giran en torno a la valoración –a su juicio– arbitraria de los elementos de prueba incorporados al proceso, en especial, el testimonio brindado por la víctima. Todo ello en desmedro del principio de inocencia previsto en el art. 2 del CPP.

Del análisis del fallo cuestionado y la impugnación formulada, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó la mayoría del tribunal sentenciante, fundada en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento.

Además, se advierte que el recurrente reedita todos y cada uno de los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la sentencia que cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

Entiendo importante destacar que, en esa tarea, el tribunal de la instancia anterior, en su voto mayoritario, ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales y regionales aplicados en casos de violencia contra la mujer y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas (ver fundamentos de fs. 1460 vta./1461).

En este punto, me interesa destacar que conforme a aquellos estándares la niña U.P.L. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de estas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto.

De este modo, los operadores del derecho tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos el debido enfoque de género, con el objeto de brindar una solución adecuada en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «**Concha, Jesús y ots.**»).

Expresamente señalé en el citado precedente que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

También destacué en aquella oportunidad que la **Corte IDH en el «Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201).

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. investigación criminal como garantía del derecho a la verdad CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por su parte, conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

A su vez, debe señalarse que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “**Leiva, M Cecilia**”, entre otros).

Bajo estos lineamientos, entiendo que la mayoría del tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la niña U.P.L., ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

De este modo, la versión de los hechos brindada por U.P.L., mediante Cámara Gesell, resultaron relevantes para el tribunal mayoritario a fin de determinar la dinámica de los hechos investigados y la identificación del acusado S R como autor del hecho. Por otra parte, y como se desprende de los fundamentos en estudio, de la confrontación de la mencionada testimonial con el resto del cuadro probatorio, la mayoría del tribunal sentenciante concluyó que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa daban sustento a la versión de los hechos brindada por U.P.L.. Dicho en otros términos, el tribunal sentenciante –por mayoría– ha valorado en forma integral el caudal de elementos de prueba incorporados debidamente a la causa para llegar así a la decisión de condena. Llegados a este punto, ingresare en el

análisis particular de los agravios expuestos por el recurrente, algunos de los cuales, por su vinculación, serán tratados en forma conjunta.

En primer orden, cabe aclarar que la defensa dirige principalmente sus críticas a cuestionar la autoría del acusado en el hecho atribuido y, para ello se queja de la valoración de los elementos de prueba llevada a cabo por la mayoría del tribunal de sentencia, en particular, la interpretación de la declaración testimonial de la víctima U.P.L. y de las pruebas periféricas que sostienen su credibilidad.

En ese orden, cuestiona las contradicciones en las que habría incurrido U.P.L. al describir a su abusador, en particular, con relación a la vestimenta y del conocimiento que tenía del autor del hecho. Precisa que la mención por parte de la supuesta víctima de que el autor tenía un pantalón marrón –omitiendo la referencia al color verde que realizó en otra oportunidad– circunscribió la investigación a los celadores de la escuela como posibles autores del hecho, descartando todo personal masculino que prestara funciones en la escuela. Agrega que a partir de poder observar al acusado en las cámaras de seguridad del colegio en el patio de juegos se centró en S toda la investigación. Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia.

En primer lugar, la mayoría del tribunal de sentencia –en razonamiento que comparto– entendió que «[I]a declaración de la menor respecto de lo que le había sucedido; quién sería la persona que lo hizo, y el lugar donde habrían ocurrido los hechos, son los aspectos centrales a partir de los cuales, permiten que se comienza a individualizar quién o quienes sería los posibles autores. Estas tres aristas no han sufrido variación en ningún momento y se han prolongado en sus relatos» (fundamentos, fs. 1461/1461 vta.).

Sostuvo también la mayoría del tribunal de sentencia que la defensa tuvo la posibilidad de controlar y cuestionar el testimonio de U.P.L., tanto durante la realización de la Cámara Gesell, como durante la realización de pericia psicológica practicada a la niña con la intervención de los peritos de control propuesto por la defensa, los que «[...] participaron parcialmente, ya que se retiraron de la misma y no prestaron declaración en el debate para fundar sus conclusiones o haber indicado aquellos aspectos adicionales sobre los que consideraban debía haberse interrogado o cómo debían interpretarse los mismos» (fundamentos, fs. 1461 vta.).

De igual manera, el tribunal a quo en su voto mayoritario, aclaró que sólo se presentó disidencia sobre el valor del relato de U.P.L. en **Cámara Gesell**, a través del informe presentado por el Lic. Messina. En este punto, y vinculado al agravio en donde el censurante cuestiona que el tribunal mayoritario omitió valorar el informe del Lic. Messina de fs. 285/291, aquellos jueces entendieron que la defensa prescindió de este testimonio en audiencia de debate a fin de que el referido profesional «[...] explicara y fundara en el debate todas las objeciones que realizara por escrito».

Así, agregaron que «[...] era el Lic. Messina quien debía explicar en el debate por qué su escrito es correcto y errado lo que cuestiona; por qué no hizo saber durante la entrevista en Cámara Gesell sus observaciones, o por qué no corrigió lo que creía incorrecto. Podría haber efectuado las preguntas necesarias para superar los cuestionamientos que formula» (fundamentos, fs. 1461 vta. y 1462).

Del mismo modo, no puede prosperar el cuestionamiento que realiza la defensa sobre el escaso conocimiento que evidenciaron tener el Dr. Agasso y la Lic. Cucchi sobre los criterios de credibilidad en el relato de niños.

Al respecto, la mayoría del tribunal de la instancia previa entendió que las conclusiones formuladas por los profesionales actuantes fueron realizada «[...] de manera sólida y fundada, basada en las técnicas y desde el punto de vista de la corriente que siguen». A ello agregó que «[l]os peritos de control no declararon en el debate y se retiraron de la pericia que se llevaba a cabo. No hay un respaldo científico que objete las conclusiones del Dr. Agasso y la Lic. Cucchi» (fundamentos, fs. 1462 y 1463). Dicho esto, cabe considerar que la pericia psicológica realizada a U.P.L. concluyó sobre la credibilidad de su testimonio.

En este sentido se estimó que las variaciones del relato de la niña son esperables, y que la existencia de detalles inusuales en la descripción de su abusador despeja cualquier duda sobre la veracidad de su relato.

En tal sentido, destacó que «[...] aparece un criterio de credibilidad por las manos, las pelotas, que en los niños son relatos raros, inverosímiles y tienen entidad».

Con relación a la posible influencia de la madre de la niña en ella, destacó que si el dato del lugar de ocurrencia de los hechos (baño), hubiese sido introducido por la madre, sería un acontecimiento excepcional que luego, en el allanamiento del colegio, el perro del Cuerpo de Canes señalara ese sitio con una marcación activa (fundamentos, fs. 1463).

En este orden, tampoco puede prosperar el agravio vinculado a las características que presenta el acusado S en sus manos y brazos (quistes o lipomas), a partir de lo cual el censurante pretende desvirtuarlo como un indicio relevante en orden a acreditar la autoría de S. Al respecto, el recurrente – reproduciendo el voto disidente–, sostiene que no se puede sostener un juicio de coincidencia entre lo manifestado por la niña a los profesionales del E.deA.A.S sobre las características que presentaba la mano del autor del hecho, y la descripción de los quistes o lipomas que presenta S en sus manos obtenida a partir de distintos medios probatorios.

Ello por cuanto, en el primer caso, se reprodujo lo que la niña expresó en este punto y que, además, adolece de imprecisiones. En el segundo, la imagen de las manos del acusado sólo se pudo apreciar a través de una foto que fue tomada con una cámara de baja resolución, con deficiente contraste y en blanco y negro, como así también a través de la descripción realizada por la Sra. Fiscal.

En este punto cabe considerar lo manifestado precedentemente en cuanto a los criterios de credibilidad que presentaba el relato de la niña sobre las circunstancias modales en las que tuvo lugar el hecho y, en particular, sobre las características que presentaba su abusador en sus manos lo que –a criterio de los profesionales actuantes– constituía un criterio relevante de credibilidad del testimonio de U.P.L.

En este orden, y con base a lo expuesto, el tribunal sentenciante en su voto mayoritario –de manera acertada– sostuvo que «[...] el acta de descripción morfológica del imputado de fs. 213 y particularmente la de fs. 591, se consigna que “se observan varios quistes en su mano derecho de pequeñas dimensiones, como así una protuberancia de mayor tamaño en el brazo derecho, arriba de la muñeca; posee un lunar en la muñeca derecha, en la mano izquierda además posee varios quistes de pequeñas dimensiones, uno de mayor dimensión en el dedo anular izquierdo”, junto a las fotografías de fs. 592/594, vemos que son unas características llamativas y de una singularidad que las convierten en un rasgo distintivo y de difícil repetición. Desde la óptica de un menor, podrían ser descriptos como “pelotas en las manos”» (fundamentos, fs. 1465 vta.).

Por otra parte, el censurante asegura que la mayoría del tribunal sentenciante omitió valorar el testimonio brindado por M E P, maestra de U.P.L., quien declaró que en el momento en que habría ocurrido el abuso, la niña no fue al baño, como así también, aseguró que no la perdió de vista en ningún momento. Aclaró que la niña fue al baño con posterioridad al momento indicado como de ocurrencia del hecho. Destaca también el censurante la amplia trayectoria de la testigo como docente, como así también, que al momento de declarar no tenía relación laboral con la institución, de lo cual infiere la ausencia de cualquier condicionamiento para declarar.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, en tanto el tribunal en su voto mayoritario brindó suficientes razones para desvirtuar los dichos de M E P, quien al momento de los hechos tenía a su cargo el cuidado y la vigilancia de U.P.L.. Al respecto, la mayoría del tribunal de sentencia –en razonamiento que comparto– sostuvo que «[s]u declaración no es lógica, carece de verificación periférica, concretamente es refutada por las pruebas periféricas. Esto sUdo a su interés y relación de amistad con el imputado, generan dudas sobre la veracidad de su testimonio» (fundamentos, fs. 1458).

De este modo, consideró el tribunal en su voto mayoritario que la circunstancia de que el acusado S estuvo primero en el patio de juegos y después en el patio de baldosas donde se encontraban los alumnos, se corrobora con las filmaciones de dos de las cámaras ubicadas en el sector del nivel inicial, y que en una de las filmaciones se lo pudo observar mirar varias veces hacia el patio de baldosas.

Agregó también la mayoría del tribunal a quo que la circunstancia relatada por la testigo P de trabajar con dos carpetas mientras controlaba a los alumnos «[...] conlleva necesariamente que en algún momento la vista se fije en lo que se trabaja».

Con base a ello, concluyó la mayoría del tribunal de sentencia en relación a la afirmación de M E P sobre la circunstancia de que la niña no pidió permiso para ir al baño en el momento en que habrían ocurrido los hechos que la testigo «[n]o vio a S cuando las filmaciones lo ubican en el patio adyacente, sin obstáculos que impidieran su visión y no recuerda si la puerta estaba abierta o cerrada, un lugar por donde se pueden ir los alumnos a su cargo.

Genera dudas la afirmación precisa para unos aspectos y no para otros». En relación al interés de la testigo P en el resultado de la causa, sostuvo el tribunal de sentencia en su voto mayoritario la existencia de un interés subjetivo de la testigo, en tanto los hechos delictivos tuvieron lugar cuando los alumnos estaban a su cargo. En este sentido, agregó que «[l]a profesora M E P, dijo que ella podría estar sentada en el juicio. Hay un interés subjetivo que no oculta» (fundamentos, fs. 1457 vta. y 1458).

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado a la alegada parcialidad del juzgador al momento de valorar la versión de los hechos brindada por el acusado, como así tampoco las críticas a la valoración que realiza el tribunal de sentencia en su voto mayoritario respecto del testimonio brindado por F G, quien daría sustento a la versión de los hechos brindada por S. Al respecto, estimo que la mayoría del tribunal a quo argumentó suficientemente el rechazo de la verosimilitud de la versión del acusado como hipótesis alternativa a la acusación.

En efecto, quedó debidamente acreditado a través de las cámaras de seguridad que el día en que aconteció el hecho, el acusado S estuvo en el patio de juegos a las 14:12:34, y luego pudo ser observado a través de la cámara ubicada en el patio de entradas del sector inicial a las 14:14:04 (ambos separados

por una tela romboidal y una puerta, la que se probó que se mantuvo siempre abierta). En tal oportunidad, se encontraba en el patio de baldosas la víctima junto a la maestra P y el resto de los alumnos.

También se acreditó que en la primera oportunidad – en donde de acuerdo a la hipótesis fiscal el acusado perpetró el hecho– se demoró dos minutos y treinta y seis segundos en recorrer quince metros, y que tardó entre treinta y treinta tres segundos en realizar el mismo recorrido. En este punto, la defensa entiende que a partir del acta de constatación notarial del teléfono celular del testigo C F obrante a fs. 774, se acreditaría su hipótesis de los hechos en tanto S, en esos dos minutos de diferencia que se demoró en realizar el mismo trayecto, reprodujo el video que le envió F G y, con ello, el recurrente descarta la posibilidad de que el acusado en ese tiempo haya podido abusar de la niña. La mayoría del tribunal de sentencia –en razonamiento que comparto– brindó adecuados argumentos para desestimar la relevancia probatoria del acta de constatación notarial en la que la defensa pretende sostener su hipótesis defensiva.

En primer orden, el voto mayoritario advierte que S no dio esta explicación en su primera declaración, y que recién sostuvo esta versión de los hechos para explicar qué hizo en esos más de dos minutos de diferencia, en oportunidad de declarar en audiencia de debate. En segundo orden, y con relación a la referida acta notarial, el tribunal de sentencia en su voto mayoritario consideró que la escribana con su actuación sólo dio fe que el teléfono era de C F y que en el grupo de Whatsapp «San Martín de Porres» el día 2 de agosto (sin especificar año) a las 13:50 hs. F (sin consignar apellido) envió un video, como así también, se dejó constancia de una captura de pantalla que dice: «S 14:14».

El tribunal de sentencia mayoritario entendió que esta constancia no probaba el origen del mensaje, y por ello la escribana consignó «Farias le manifiesta» y no «que ella constata». Sostuvo que si el objetivo de la defensa era probar el origen del mensaje, debió demostrar la información que establecía que F G le remitió la captura de pantalla, y no la constancia de que éste envió un video, por cuanto es un hecho no cuestionado.

Cuestiona también la mayoría del tribunal a quo que «[...] si desde la reunión de los celadores se dieron cuenta que S estaba viendo el video en ese horario y por tal motivo le piden a F G la captura de pantalla, no se entiende la razón por la cual no sacaron capturas de pantalla de todos los datos de ese momento si era tan importante para la defensa de su amigo y los tenían a su disposición. Más aún, dada la importancia de esos datos, tampoco se entiende el motivo por el cual F G lo borraría si benefician a su amigo». Concluyó la postura mayoritaria del tribunal de la instancia anterior que desde el punto de vista de los especialistas de la División de Delitos Informáticos, la única forma de saber con certeza si S reprodujo el video y a qué hora, era por los datos contenidos en el teléfono de F G, y no a través del teléfono de C F. Consideró también el voto mayoritario que aun en la hipótesis de la defensa de que S efectivamente vio el video enviado por F G, su reproducción dura seis segundos (conforme lo constatado por la escribana), lo que tampoco sirve para explicar la demora de más de dos minutos (fundamentos, fs. 1459/1460).

Ahora bien, –contrariamente a lo sostenido por la defensa– y a la luz de los indicios analizados precedentemente entiendo que resulta adecuado el razonamiento seguido por la mayoría del tribunal a quo para determinar la intervención de S como autor de los abusos. Al respecto, la mayoría del tribunal de sentencia concluyó que «[s]i unidos todos estos datos (cuántas personas hombres mayores; que trabajen en el colegio; que puedan acceder al nivel inicial en el horario en el que estaba la menor; sean filmados en ese horario en las inmediaciones; que exista un intervalo de tiempo que no tiene explicación en el mismo recorrido –aun en el supuesto de ver el video, ya que dura seis segundos–; que se le ordene

ir a buscar unos tarros de pintura y va hasta el lugar y no los trae, y tenga en las manos algo que llame la atención o lo distinga y sea similar a lo que la menor describe como “pelotas”, es el imputado el único que reúne todas estas propiedades» (fundamentos, fs. 1465 vta.).

En otro orden, la defensa asevera que existe una contradicción entre el informe del examen físico realizado a U.P.L. por la Dra. Olivia Roca del Hospital Notti, y el efectuado por la Dra. Verónica Brahim del CMF. Al respecto, asevera que los referidos informes y los testimonios de las profesionales intervinientes fueron interpretados con parcialidad por la mayoría del tribunal de sentencia.

Señala que de acuerdo al primero de los exámenes la supuesta víctima presenta eritema extenso en región bulbar, sin acceso carnal, y que la Dra. Roca en la audiencia de debate declaró que estos síntomas son inespecíficos, no pudiendo aseverar su origen. Por su parte, cuestiona que la Dra. Brahim, cinco horas después de la labor realizada por la Dra. Roca, ratificó la existencia de eritema y encontró lesiones en el himen y ano que horas antes no existían, lo que descarta absolutamente la autoría de A S, como así también, que el abuso se haya producido en las instalaciones del colegio -.

Entiendo que tampoco pueden ser atendidos los agravios esgrimidos en este sentido, por cuanto obedecen a un análisis sesgado de las referidas testimoniales. En efecto, la postura mayoritaria del tribunal de instancia anterior señaló que «[...] las diferencias sobre algún punto, fueron perfectamente explicadas, la doctora Roca no pudo revisar a la menor por su resistencia y la Dra. Brahim lo pudo hacer con mayor profundidad. No son versiones contradictorias, son complementarias y coherentes» (fundamentos, fs. 1464).

Considero también acertada estas consideraciones. Por otra parte, tampoco puede prosperar la crítica referida a la omisa consideración por parte de la mayoría del tribunal de sentencia del informe agregado a fs. 743 y las testimoniales incorporadas por lectura de la Lic. Alma Fernández Hasan y del Lic. Andrés Gottfried. Ello por cuanto, –y no obstante no constituir tales elementos de juicio indicios dirimientes de la responsabilidad del acusado, por tratarse de un informe psicológico realizado a la niña con anterioridad al hecho objeto del proceso–, la defensa realiza una evocación genérica y no explica de qué modo su valoración conllevaría una solución diversa a la condenatoria.

A la misma conclusión se llega con relación a las supuestas contradicciones entre lo declarado por la progenitora de U.P.L. y E E, y lo manifestado por la niña en Cámara Gesell en punto a que ésta no había contado lo acontecido en la escuela, en tanto el recurrente no explica su relevancia probatoria en función del acervo probatorio analizado.

Con base a lo expuesto, como anticipé, entiendo que el recurso impetrado no puede prosperar y que, contrariamente a lo que afirma el defensor técnico del acusado, la motivación de la sentencia es suficiente a los efectos de su mantenimiento como acto procesal válido.

Ello así puesto que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, conforme la cual para que tales defectos acarreen tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427; 153-011; 354-218; entre otros), circunstancia que no se advierte en la presente.

Por último, no puedo dejar de señalar la tarea valorativa realizada por la minoría del tribunal de sentencia –cuyos argumentos fueron en parte reeditados a modo de agravios por el censurante– quien consideró que no se encontrada acreditada la participación del acusado en los hechos atribuidos.

En particular, me interesa destacar que para llegar a tal conclusión absolutoria la minoría del tribunal de sentencia –y como expliqué a lo largo de mi voto– valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima, con prescindencia de una mirada integral de la problemática de género y, en particular, la condición de mayor vulnerabilidad de la víctima por motivo de la edad.

Es decir, el estándar de ponderación probatoria realizado por la jueza de la instancia anterior en su voto minoritario, no se ajustó a las singularidades propias de género ni de la franja etaria en la que se encontraba la víctima al momento en que acontecieron los hechos (cuatro años de edad).

En este sentido, y conforme a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las medidas de protección por motivo de la edad deben ser complementadas con una perspectiva de género en aquellos casos donde se encuentren afectados los derechos de niñas y adolescentes.

Al respecto, la Corte IDH en el caso «Véliz Franco y otros v. Guatemala» sostuvo que «[e]n relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con las niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, particularmente vulnerables a la violencia. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas [...]» («Caso **Véliz Franco y otros v. Guatemala**». Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19/05/2014. Serie C, nro. 277, párr. 134).

En este orden de ideas, debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género, criterio que adquiere mayor relevancia en los casos en donde el Estado, en cumplimiento de las mandas convencionales ya delineadas, tiene el deber de adoptar una perspectiva interseccional (en el presente caso, por la edad y género) ante casos de violencia contra niñas, tanto en la recaudación probatoria como en la tarea de juzgamiento.

En este sentido, sostuve que desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le

atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria» (ver, «Ruiz Gutiérrez).

En otro orden, me interesa destacar que las falencias señaladas en el voto minoritario de la sentencia cuestionada por el censurante, implican la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos HUnos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos HUnos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto– ; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad (Conf. «Concha, Jesús).

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos HUnos dijo que «[E]n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 8/03/2018).

Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho en la valoración de la prueba y, en especial, el testimonio de la víctima, constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres y niñas inmersas en situación de violencia y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa de S R, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales», «Mejía Salvador» y «Zurita» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda P»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal. Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda P», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes”

(art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda P», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda P»–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»). En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje,

sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) –conf. «Zurita»–.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso. En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la **Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018**, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación

socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita».

Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos HUnos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos hUnos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos hUnos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). En tercer orden, y tal como destacué en el **caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499**, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de O A S R y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.246 dictada por mayoría por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen a sus efectos.

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

8- TRASLAVIÑA ARANCIBIA. 31-03-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=604>

Lex: Arts. 119, 3° párrafo en función con el art. 119, 4° párrafo inc. b y f y art. 55 del CP. Convención Belem Do Para. Leyes 27.499 y 26485.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. SA: Ascendiente. Conviviente. CR. Hija menor de edad. Perspectiva de género. Monto Mínimo de Pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión**, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por el ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real (arts. 119 tercer párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo inc. b y f y 55 del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Alega que el conjunto de las probanzas rendidas lleva a una duda razonable que beneficia al imputado. En subsidio, solicitó la imposición del monto mínimo de la pena de 8 años de prisión.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1148, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

Dr. Valerio

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa.17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Quiroga Morales.10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros.
- L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397- 177, entre otros

Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=473>

Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>

b- CSJN.

- González Nieva, Jorge Enrique. 08-10-20: <https://www.cij.gov.ar/nota-38250-La-Corte-Suprema-absolvi-a-Jorge-Enrique-Gonz-lez-Nieva.html>

c- CIDH

- Bulacio c/ Argentina. 18-09-03: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26113.pdf>
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

Doctrina

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>

Parágrafos destacados:

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

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

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05363434-0/1((018602-91299)) FC/ T. A., M. R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR EL ASCENDIENTE Y CONTRA UNA MENOR P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105535599*

En Mendoza, a los treinta y un días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05363434-0/1 caratulada **“F. C/ T. A., M. R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO....S/ CASACIÓN”**.

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

El defensor de T. A. M. R. interpone recurso de casación (fs. 314/316 vta.) contra la sentencia N° 1148 en tanto condena al nombrado a la pena de catorce años de prisión, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por el ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real (arts. 119 tercer párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo inc. b y f y 55 del Cód. Penal).

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

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia tuvo por acreditados los cinco hechos sostenidos por la acusación, según la ampliación efectuada en el debate.

Hecho 1: en fechas y horas no precisadas, en el mes de febrero de 2017 en horas de la tarde y en el interior de la vivienda de L. s/n del barrio M., L. B., L., el imputado accedió carnalmente vía vaginal a su hija M.G.T. de 15 años de edad aproximadamente, en la habitación de ésta, en el domicilio donde ambos convivían.

Hecho 2: en fechas y horas no precisadas, en el mes de marzo de 2017 en el interior de la misma vivienda, el imputado accedió carnalmente vía vaginal a su hija M.G.T. en la habitación del domicilio donde ambos convivían.

Hecho 3: en el mes de junio de 2017, sin poder determinar el día, a las 5 horas, el imputado conducía una camioneta acompañado por su hija M.G.T. cuando camino al domicilio donde convivían, frenó en una calle oscura, donde accedió carnalmente a su hija vía vaginal.

Hecho 4: durante el mes de junio de 2017 en horas no precisadas, en el interior de la vivienda que compartían la denunciante y el imputado, éste accedió carnalmente vía vaginal a su hija en la habitación del domicilio donde convivían.

Hecho 5: durante el mes de julio de 2017 de 2017 en horario vespertino, en el interior de la vivienda que compartían, el imputado accedió carnalmente vía vaginal a la denunciante, en la habitación del domicilio en el que convivían (fundamentos, fs. 304 y vta).

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque su asistido debió ser absuelto, dado que el inferior no analizó las pruebas en forma global, dándole preeminencia a las de la acusación, desde que desestimó la testimonial de la madre de la denunciante, de las vecinas y del encartado.

Alega que el conjunto de las probanzas rendidas lleva a una duda razonable que beneficia al imputado.

Agrega que el primer hecho de abuso por el que se lo condena no ocurrió, por el escaso tiempo disponible y porque las hermanas no vieron ni escucharon nada. Estima que la menor denunció a su padre porque tenía rencor hacia él, que había formado una nueva familia, lo que no puede ser descartado. Refiere que el testimonio de S. G., novio de la menor, es parcial y ganancial, porque quería irse a vivir con ella y habían mentido, incluso, sobre la existencia de un embarazo.

Relata que la madre de la denunciante dijo que no cree que la haya abusado, ya que la niña se comportaba de manera normal y que de los testimonios de las vecinas, que describen el inmueble donde habría ocurrido uno de los abusos, emerge que nunca sospecharon ni escucharon que ocurriera nada anormal.

Asevera que los informes de los peritos no arrojaron suficiente luz sobre la causa ni pudieron determinar la verdad real.

Entiende que la declaración de la madre es creíble, y que el novio de la menor ejerció influencia negativa sobre ella, quien ya había mantenido relaciones sexuales con sus parejas.

En subsidio, pide que se le imponga a su defendido el mínimo de la pena de prisión, 8 años.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque el a quo analizó todas las pruebas, otorgándole credibilidad al relato de la víctima, fundando sólidamente la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto el a quo se basó en las pruebas rendidas –acta de denuncia, declaración de la víctima y sus familiares; de la profesora del colegio que la encontró llorando en el baño, situación a partir de la cual se originó este proceso; informes y testimonios de profesionales médicos–, de los que lógicamente derivó la decisión condenatoria que se impugna.

En efecto, valoró dichos elementos de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no se ha verificado. De tal modo, tuvo en cuenta **el relato de la víctima en Cámara Gesell**, el que percibió como «[...]claro, preciso, sin vacilaciones, aunque por momentos marcado por un alto grado de angustia» (fundamentos, fs. 305 vta), lo que concuerda con lo afirmado por los profesionales que la entrevistaron durante el proceso, que estimaron que sus dichos reunían parámetros de credibilidad y que su versión era verosímil (fundamentos, fs. 306 vta).

Además, justificaron que hubiera ampliado los episodios de abuso que denunció en un primer momento, situación que conllevó la ampliación de la acusación fiscal a los cinco hechos por los que se condenó. Al respecto, dijo el Dr. Agasso que la develación escalonada de los hechos, obedece a que el avance del proceso judicial generó confianza en la víctima para relatarlos, máxime teniendo en cuenta que careció de la contención familiar suficiente, desde que su madre fue ambigua y no le creyó.

En la misma dirección, la perito Lantieri del Cuerpo Médico Forense indicó que en los casos de incesto se advierte una develación progresiva, colocando la familia en esos supuestos a la «[...]víctima en un estado de soledad e impotencia absoluta», sentimientos que según la profesional, la menor había padecido. Ello toda vez que, si bien la madre concurrió a denunciar (acta, fs. 5/7) al ser trasladada hasta la Oficina Fiscal 7 de Lavalle por la directora del colegio al que concurría la niña, con posterioridad le negó su apoyo. Así, el a quo tiene por probado que la progenitora le dijo a la víctima, que de seguir adelante con el proceso, se iban a quedar sin el sustento que les brindaba el encartado, chofer de camiones, según manifestó el testigo G., que fue novio de la víctima.

Algo similar surge del texto elaborado por el **Equipo de Abordaje de Abuso Sexual**, con antelación al debate, en diciembre de 2018, en tanto describe que «[...]la madre no representaría una figura de protección y apoyo, constituyendo esto un factor que podría generar una posible retractación» (informe, fs. 119).

Por lo demás, el ya nombrado testigo García declaró que M.G.T. no dijo todo, puesto que fueron muchas más que las detalladas en un primer momento, las ocasiones en las que el acusado la abusó. Cabe consignar que el testimonio de G. fue evaluado como preciso, «[...]sin vacilaciones ni visos de parcialidad» (fundamentos, fs. 306), extremo que el recurrente no comparte. Así, se queja de dicha evaluación, alegando que no es fiable dado que mintió sobre la existencia de un embarazo, para llevarse a la menor de edad a vivir con él, sin refutar las razones en virtud de las cuales el sentenciante le creyó. Esto es, que al conocer por su novia de los abusos, y ante su minoridad, inventaron eso como una forma de que pudiera abandonar la casa para que cesaran los delitos, debido a la ya mencionada falta de apoyo de su madre, que incluso la trataba de «puta», según dijo (fundamentos, fs. 306 vta).

Además, **la influencia negativa que habría ejercido este testigo sobre la víctima no está acreditada**. Por el contrario, su testimonio es afín con otras pruebas independientes, entre ellas, los informes de los expertos. Corresponde en este punto resaltar, que no fue la víctima de quien surgió la iniciativa de denunciar, sino que una docente de la menor, la psicopedagoga Hidalgo, se presentó ante la Sexta Asesoría de Menores, según fluye de fs. 1 y vta., dando inicio a estos obrados. Narró esta profesora que a la hora de entrar a clases, un grupo de alumnas le pidió que fuera a ver a MGT, quien estaba en el baño del colegio llorando, encontrándola «[...]en posición fetal, [...]con la cabeza escondida entre las piernas, absolutamente abatida [...] devastada [...]» (fundamentos, fs. 307). Fue en esas condiciones, que al ser preguntada sobre qué le pasaba, le contó a la declarante sobre los abusos sexuales a los que la había

sometido su padre biológico. Por su parte, el recurso no constituye una crítica razonada de la resolución, sino que evidencia una discrepancia de la defensa con el criterio valorativo que utilizó el a-quo, y por lo tanto, insusceptible de ser acogido, según se ha dicho con anterioridad (**L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros**).

Ello por cuanto, desentendiéndose de las probanzas que convergen en la existencia de los abusos, así como de los motivos por los que el inferior les negó credibilidad o entidad a ciertos deponentes, se limita a expresar su disconformidad con la valoración de sus dichos, aseverando que la menor mintió porque se enojó con su padre, al enterarse que tenía una familia paralela.

O bien, afirmando que debe reconocérsele valor a lo declarado por su madre, que dijo que no creyó que hubiera sido abusada, porque siempre se comportó de manera normal. O que de haber existido los abusos, dos vecinas que concurrieron a testificar, hubieran sospechado algo. Tampoco puede prosperar la crítica fundada en que el primer abuso no pudo haber ocurrido, debido «[...]al escaso tiempo disponible, a que nadie escuchó nada y que las hermanas menores no hayan visto nada» (recurso, fs. 316 vta.), soslayando que la madre en esa oportunidad había ido hasta el almacén con una de sus hijas y no necesariamente, el acceso carnal de un adulto a su hija menor de edad, debe provocar ruidos ni ser prolongado.

Por este motivo, tampoco es decisivo para descartarlo, que las vecinas no hubieran advertido nada extraño.

En definitiva, el recurrente **se basa para negar los hechos acreditados, en elementos carentes de dirimencia y ambiguos, que ceden frente a la contundencia de las pruebas de cargo, sin aportar razones que descalifiquen la sentencia como acto jurisdiccional válido.**

Además, la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S.186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397- 177, entre otros**), lo que en autos de acuerdo a lo hasta acá desarrollado, no ocurre.

Como consecuencia de esto, **tampoco procede la absolución por la duda del acusado**, solicitada por su letrado, desde que al resultar la motivación ajustada a derecho y no surgir el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, ello no es factible, según se la jurisprudencia reiterada de esta Sala (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062) y de conformidad con los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso “**González Nieva, Jorge Enrique**”.

Es menester destacar que en este caso, «[...]el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales», según afirmé en “**Brancello Urbón**”.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»;«**Castro Luis**», **entre otros**). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “**Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del

contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)). Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «**Ojeda Pérez**»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «**Zurita**»). En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–. En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o

económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) –conf. «Zurita»–. A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»). En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso. En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) –el resaltado me pertenece–. El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita». Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155). A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual». También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su

grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). En tercer orden, y tal como destaqué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. Por último, la penalidad ha sido fundada en forma breve pero adecuada, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 40 y 41 Cód. Penal, por lo que la pretensión del recurrente de que en subsidio, se aplique el mínimo de la penalidad, no puede prosperar. En efecto, el juzgador ha considerado que la escala penal fluctuaba entre los ocho y los cincuenta años de prisión, como consecuencia de las reglas del concurso real, y que en virtud del daño psíquico que le ocasionó a la víctima, traducido en que debió abandonar su familia, su lugar de residencia y el contacto asiduo con sus hermanos (fundamentos, fs. 309 vta.), los catorce años peticionados por el fiscal constituían una justa penalidad, aspecto que no ha sido debidamente refutado. Por último, estimo necesario resaltar que de los fundamentos en general, y en particular de la segunda cuestión, emerge que «el imputado resulta autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser cometido por el ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia (cinco hechos en concurso real)», y que «estos hechos se repitieron al menos en cinco oportunidades[...]» (fundamentos, fs. 309). Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia que –resolutivo I, fs. 302–, se menciona que la condena es por dos hechos, error éste evidentemente material, que no ha sido advertido por las partes y que debe ser subsanado, por lo que deberán bajar los autos a ese solo efecto, al Segundo Tribunal Penal Colegiado. Por lo tanto, y oído el Señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL D. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**», «**Mejía Salvador**» y «**Castro Luis**», por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M. T. A..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (**Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr.. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano **Augusto Cancado Trindade** en su voto razonado en el Caso Bulacio c/ Argentina, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N| 100.Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Disponer que bajen los autos, al solo efecto de que se rectifique el error material en que se incurrió en el resolutive I, fs. 302 de la sentencia N° 1148, donde se menciona que la condena es por dos hechos, y no por cinco, según surge de los fundamentos, y ha sido referido en los párrafos precedentes. Por lo demás, se omite pronunciamiento, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Manuel Ricardo Traslaviña Arancibia.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Disponer que el tribunal de origen rectifique el error material en que se incurrió en el resolutivo I, fs. 302 de la sentencia N° 1148, donde se menciona que la condena es por dos hechos, y no por cinco, tal como surge de los fundamentos.
- 5.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

9- ROUX MALDONADO. 16-04-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=607>

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el art. 55 CP y Art. 475 inciso 2° del CPP. Convención Belem Do Para. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Credibilidad del testimonio de la víctima.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor del delito de Abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real (Arts. 119, tercer párrafo y 55 del CP) en perjuicio de su hijastra, menor de edad para la fecha en la que se iniciaron los abusos y con la particularidad de que los ataques sexuales sucedieron en diferentes complejos penitenciarios de la provincia de Mendoza en los que el justiciable se encontraba privado de su libertad.

La **Defensa** interpuso recurso de casación y cuestionó la valoración probatoria. Afirmó que la resolución impugnada carece de un nexo lógico entre la prueba rendida y las conclusiones a las que arribó el Tribunal de sentencia, lo que determina, además, su nulidad de acuerdo a lo previsto por el Art. 416 inc. 4° del CPP.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1280, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-05-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 25-10-00:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Dr. Valerio

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género. Deber jurídico.

- Teves Lucero- 05-07-18:

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf

- Italiani.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

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

(S.B.T.)

Fallo:

UIJ: 13-05380237-5/1((018601-153946)) FC/ R. M. D. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR HABER RESULTADO UN GRAVE DAÑO EN LA SALUD PSÍQUICA DE LA VÍCTIMA EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO REAL (153946) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105553651*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05380237-5/1 caratulada “F. C/ R. M. D. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de R. M. D. J. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.280, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de doce años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos y en concurso real (art. 119 tercer párrafo en función con el art. 55 del CP) investigados en autos N° P-153.946/17; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, actuando en forma unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] el primero de los episodios [endilgados al acusado] tuvo lugar cuando la víctima tenía 15 años de edad – transcurso del año 2011–, en el interior del Complejo Penal III Almafuerde [...].

En tales circunstancias, encontrándose el justiciable y la víctima a solas en el interior de la celda de aquél, R. M. D. J. tomó de los brazos a la niña, la arrojó sobre la cama, la desvistió y la penetró con su pene vía anal y vaginal, amenazándola con matarla a ella, a su madre y a su familia.

A partir de este primer episodio, otros hechos semejantes tuvieron lugar en forma reiterada y sistemática, al menos una vez al mes, oportunidades en las que el imputado R M continuó alojado en el **Complejo Penitenciario Almafuerde**, y recibió-en un número indeterminado de veces- la visita de su hijastra, N R G, a quien continuó abusando sexualmente vía vaginal y anal, mediante amenazas en contra de su familia.

Este mismo accionar reiteró, sin intervalo, luego de ser trasladado a la **Unidad Penal IV Colonia y Granja Penal**, ubicada en, ocasiones en las que R M sometió sexualmente con penetración a N R (a esta altura ya **mayor de 20 años de edad**) cuando ésta lo visitaba, estando ambos a solas en la habitación donde aquél se alojaba.

Trasladado luego el justiciable para continuar cumpliendo su condena al **Complejo Penitenciario I Boulogne Sur Mer**, entre los meses de febrero y noviembre del año 2017, y en circunstancias en las que N R lo visitó en dicha Unidad Penal, el justiciable nuevamente, en un número indeterminado de veces, la

sometió sexualmente con penetración –vía anal y vaginal– en contra de su voluntad, siempre bajo amenazas a la víctima de causarle daños a su madre y al resto de su familia.

Incurriendo R M también en este mismo accionar en contra de su hijastra durante el régimen de las salidas transitorias que le fueron concedidas desde febrero de 2017, episodios éstos que tuvieron lugar en días de domingo, en horarios comprendidos entre las 7:30 hs. y las 20:30 hs. aproximadamente, en el domicilio familiar de la joven víctima sito en calle San, lo que aconteció hasta el día 5 de noviembre de 2017».

Para así resolver, la sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de N R, M G, E M, H J T, C V F, V V, el Dr. Martín Barrera del Cuerpo Médico Forense (CMF), el Dr. Agustín Agasso, profesional del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS), el Lic. Guillermo Messina, perito de parte, y los respectivos informes periciales de fs. 181 y fs. 660/666.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En este sentido, expresa que la fundamentación de la resolución impugnada carece de un nexo lógico entre la prueba rendida y las conclusiones a las que arribó el tribunal de sentencia, lo que determina, además, su nulidad de acuerdo a lo previsto por el art. 416 inc. 4° del CPP.

De este modo, luego de realizar un repaso por algunos tramos de los distintos elementos de juicio, en especial, la declaración del imputado Roux Maldonado y las distintas declaraciones testimoniales que dieron sustento a su postura, concluye que claramente la discusión se centra en la credibilidad que se le puede atribuir, por un lado de la versión que aporta la supuesta víctima NR y, en sentido antagónico, la versión de D R M. A tal fin, analiza en primer lugar lo declarado por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material. Al respecto, sostiene que R M describió en forma pormenorizada los distintos lugares donde cumplió su condena, los controles que se realizaban en horario de visitas, tanto por parte de las propias personas privadas de libertad, quienes controlaban que se respetaran ciertos «códigos», como de los agentes penitenciarios.

Con lo cual, a criterio de la defensa, resulta claro que **no resultó posible que el acusado, en tales circunstancias, haya podido quedarse a solas con la supuesta víctima y abusar sexualmente de ella.**

Señala que la versión de los hechos brindada por su defendido fue corroborada por E N M, madre del acusado, quien coincidió que su hijo nunca estuvo a solas con N R, ya que las visitas no se realizaban en las celdas.

También, por la declaración de H J T, compañero de celda del acusado, quien luego de explicar el lugar donde se realizaban las visitas y su dinámica, se expresó en el mismo sentido. Sostiene que la versión del acusado también se corrobora con los testimonios de C P y D A, quienes conocen a N R y al imputado R M, y brindaron su opinión sobre el concepto que tienen de ambos.

Afirma que el relato del acusado R no está desprovisto de respaldo probatorio, ya que las referidas testimoniales dan cuenta de la veracidad de sus dichos, convirtiéndola en una versión sólida y creíble.

Por otro lado, considera que si bien la jueza de la instancia anterior centró sus fundamentos en el testimonio prestado por N R, ello no resulta suficiente para sostener la responsabilidad de su asistido en los hechos por los cuales resultó condenado. Cuestiona también que la supuesta víctima no haya realizado

la denuncia cuando sufrió el primer abuso, como así también, que la madre de N, M G, quien concurría con ésta a las visitas, no haya advertido nada extraño.

Considera que la ausencia de credibilidad en el relato sostenido por N R se desprende de los testimonios del **Lic. Guillermo Messina, perito de parte, y del Dr. Agasso, profesional del EDEAAS**, en cuanto reconocieron **la falencia de la psicología para determinar la credibilidad del testimonio** de una persona adulta supuestamente víctima de abuso sexual.

Del mismo modo, entiende que el testimonio del Dr. Barrera del CMF también constituye **un indicio de la falta de credibilidad del testimonio de N R**, en tanto aseguró que la presunta víctima no presentaba lesiones en la zona anal, extremo que debe favorecer al acusado en el análisis integral del plexo probatorio.

Por todo lo expresado, solicita se case la sentencia y se resuelva la absolución de D R M por el beneficio de la duda, por los delitos en virtud de los cuales resultó condenado o, en su defecto, se declare la nulidad del decisorio.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la defensa **pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate** y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Expresa que la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por el a quo en el debate y plasmado en la sentencia. Sostiene que las críticas realizadas por la defensa no encuentran asidero frente a la lectura de los fundamentos de la sentencia atacada.

Ello, toda vez que la jueza de grado explicó detalladamente por qué los dichos de la víctima resultaron veraces y se expresó sobre todo el material y pruebas periféricas que los apoyaban y afirmaban.

Además atendió debidamente a los dichos del encartado y de los demás testimonios, no habiendo quedado elemento alguno sin meritar.

Por todo ello, entiende que la pretensión de **la defensa no tiene ninguna apoyatura en datos objetivos**, y sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva que ha sido desestimada en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

La víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población. Art. 8 y 25 CADH. Doble condición de vulnerabilidad. Niña, mujer.

a.- Preliminarmente, y advirtiéndose que **la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población**, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por

el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia **del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–.

Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde **a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos** funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad. Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que N R, quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, es titular de una **doble protección jurídica: por ser mujer y niña**.

Se trata entonces de una **doble condición de vulnerabilidad** que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**«Concha, Jesús y ots.»**).

La Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el **derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares** a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando

así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (**cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (**Convención de Belém do Pará**), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia** sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N°24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la **ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la **víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).**

b.- De este modo, advierto que la juzgadora con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por N R, en tanto entendió que «[...] ha mantenido a lo largo del proceso (más de dos años a la fecha) un relato estable y sin modificaciones relevantes» (ver fundamentos, fs. 826 vta.).

A su vez, la jueza de sentencia ponderó que la víctima manifestó lo sucedido en términos similares «[...] a los profesionales del EDEAAS y también al Lic. Messina, perito de parte, mientras que fuera del proceso lo ha hecho a N T, su pareja en algún momento, a su madre y a su hermano F» (fundamentos, fs. 827 vta.).

En este sentido la jueza de la instancia anterior entendió que la continuidad en el relato de N R, sumado a la falta de contradicciones y coherencia interna de su testimonio, le otorgaba fiabilidad a la versión de los hechos brindada por la víctima.

Destacó también, como otro indicio de **credibilidad de la versión** de los hechos brindada por la víctima, que el relato de N R ha estado en todas las oportunidades cargado de resonancia afectiva. Así, consideró que ello «[...] suma una razón para ser creído, en tanto esa resonancia sólo la puede tener quién ha vivido el hecho y quién lo ha registrado como traumático, y no quién miente sobre él» (ver fundamentos, fs. 829). Consideró también que esta apreciación fue ratificada por el Dr. Agasso, quien dio cuenta del impacto afectivo que los hechos tuvieron en la víctima.

Del mismo modo, entendió que el Lic. Messina, perito de parte, aceptó que la angustia es un indicador genérico de los abusos y que ese sentimiento estuvo presente en varios momentos en el relato de N R (ver fundamentos, fs. 830).

Ahora bien, los agravios propuestos por la defensa se centran en cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima N R y de las pruebas que lo sustentan, al tiempo que intenta construir la verosimilitud de la versión de los hechos brindada por el acusado R M, a partir de un análisis aislado y parcial de las probanzas incorporadas al debate.

En efecto, el recurrente como estrategia defensiva pretende sostener el relato de R M, quien intentó desligarse de su responsabilidad en el hecho refiriendo, principalmente, que él nunca se quedó sólo con la víctima en las visitas que ésta realizaba sola o junto a su madre y abuela en los distintos establecimientos en donde cumplió su condena. Sostuvo el acusado que las visitas no se hacían en las celdas, lo que era controlado tanto por los internos como por los agentes penitenciarios.

Estas circunstancias fueron **ratificadas por su progenitora, E M, y su compañero de celda, J T.**

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. Ello por cuanto la jueza de sentencia no sólo ha valorado el descargo realizado por el acusado, sino que ha argumentado suficientemente **el rechazo de su verosimilitud como hipótesis alternativa a la acusación.**

Así, y en relación al argumento central en torno al cual gira su estrategia defensiva, se desprende del dictum cuestionado que el censurante omitió valorar en la construcción de sus argumentos prueba relevante, por su carácter objetivo e imparcial, que desvirtúa los elementos de juicio ponderados por la defensa. En efecto, la jueza de la instancia anterior dedicó una pormenorizada y extensa argumentación para explicar la dinámica en la que se desarrollaban las visitas en los distintos establecimientos carcelarios en donde el acusado estuvo alojado.

Al respecto, precisó que «[t]ales extremos han sido acreditados en primer lugar por los informes provenientes de cada uno de los complejos penitenciarios, en los cuales se hace saber que R recibía visitas en el interior de los pabellones que ocupaba» (fundamentos, fs. 832).

Estas circunstancias fueron corroboradas por los agentes penitenciarios C V F y V V. El primero de los testigos explicó que las personas privadas de su libertad recibían sus visitas en el interior de los pabellones y que era posible ingresar a las celdas ya que no había control oficial ni prohibiciones al respecto.

En relación al testigo V, entendió la a quo que el relato de este testigo no cubrió las expectativas de la defensa, quien ofreció esta testimonial como prueba dirimente. Ello por cuanto si bien refirió que el tiempo en donde él fue jefe de módulo (tiempo que no pudo determinar con precisión), el acusado estuvo alojado en el módulo 4.3 y que por tener un RIF recibía visitas en el patio destinado a tal fin. También aclaró que no podía afirmar que siempre R hubiera recibido visitas fuera del módulo, desde que éste luego pasó a ser común.

Aclaró también el testigo que el personal penitenciario sólo realizaba un control de carácter general para mantener el orden, como así también, que era posible que las visitas ingresaran a las celdas y que nada impedía que dentro de ellas se desarrollaran encuentros íntimos.

En virtud de ello, la sentenciante entendió que «[...] es posible afirmar que sin perjuicio de que en algún momento de su estadía en Almafuerie R hubiera estado bajo un RIF y hubiera recibido visitas fuera del módulo, ello no es motivo para descreer de lo afirmado por la testigo Nuria, en tanto el largo periodo de estancia de R en el complejo Almafuerie, en ocasión de recibir las visitas en los respectivos módulos, R abusó sexualmente de su hijastra» (ver fundamentos, fs. 833 y vta.).

Sostiene la defensa que la versión del acusado también se corrobora con los testimonios de C P, vecina de la víctima, y D A, amigo de la familia.

Ello por cuanto la primera por un lado manifestó que no creía posible que el acusado hubiera abusado de N R cuando aquel cumplía las salidas transitorias, porque ella estaba siempre en la vivienda y no observó nada raro. Por otra parte, **refirió que la víctima tenía un carácter fuerte y, por ello, consideraba que nadie la podría obligar a hacer algo en contra de su voluntad.**

En relación al segundo de los testigos referidos, el censurante destacó que éste aseguró que N R, de quien fue amigo, nunca le comentó que fue abusada por el acusado; como así también señaló que D R era buena persona y nunca tuvo problemas con la víctima.

Estimo que no resultan de recibo los agravios esgrimidos en este sentido. Ello por cuanto, en primer orden, la defensa **no explica de qué manera estos elementos de prueba impactan en la solución** y, por otro, advierto que los testigos sólo brindan una apreciación personal de las partes involucradas en el hecho, que de ningún modo pueden contribuir a sostener la hipótesis propiciada por la defensa. Tampoco puede prosperar lo sostenido por la defensa, en tanto entiende que no hay razón que explique por qué la supuesta víctima no realizó la denuncia cuando sufrió el primer abuso, como así también, que la madre de N R, quien en varias ocasiones concurrió con ésta a las visitas, no haya advertido nada extraño.

Así, y contrariamente a lo sugerido por el censurante, la jueza de la instancia anterior brindó suficientes razones que explican lo acontecido en el sentido cuestionado por la defensa. Al respecto, sostuvo la sentenciante que tanto la víctima como su madre, M G, hicieron referencia al miedo y el dominio que

ejercía sobre ellas el acusado, como así también, aseguraron que existía un mecanismo de presión «[...] generado por la propia familia del imputado, quien a la distancia complacía los intereses de R, sostenía su liderazgo autoritario fuera del penal y actuaban como una prolongación suya ejerciendo hasta fuerza física en contra de M G, esposa de R y madre de N» (ver fundamentos, fs. 828 y 831). Destacó también la a quo, como otro indicio de credibilidad del testimonio de la víctima, el «costo» que tuvo para la víctima denunciar a R. Así, la sentenciante explicó que «[...] N debió enfrentar no sólo la inseguridad proveniente de la pérdida del hogar físico, sino además el peso o constricción de ocasionarle eso mismo al resto de su familia (hermanos y madre, quienes debieron huir junto a ella.

Tuvo, asimismo, que **sufrir la persecución de la familia R**. Nada de eso puede explicarse frente a una denuncia falsa» (ver fundamentos, fs. 830).

En definitiva, estimo que las circunstancias señaladas por la defensa se encuentran debidamente fundamentadas en la resolución que cuestiona y, por ende, no pueden prosperar.

Como otro motivo de agravio la defensa esgrime que los testimonios brindados por el Lic. Messina, perito de parte, y del Dr. Agasso, profesional del **EDEAAS**, dan cuenta de la falta de credibilidad del relato de N R. Sostiene el quejoso, que el primero de los testigos explicó que por la edad de la víctima al momento de realizarse la pericia, 23 años, era arriesgado hablar de credibilidad, ya que al tener experiencias sexuales, las personas conocen las sensaciones y tienen la capacidad de dar detalles, sin que el hecho haya ocurrido.

En relación al **profesional del EDEAAS**, sostuvo que éste se pronunció en similar sentido en audiencia de debate, por cuanto sostuvo que **los criterios de credibilidad con personas menores de edad no son confiables con personas mayores**.

Entiendo que lo alegado por el recurrente no puede ser avalado en esta instancia.

Así, la sentenciante explicó que si bien la limitación de la ciencia de la psicología en la determinación de la veracidad del relato de una persona mayor no fue desmentida por el perito oficial, Dr. Agasso, éste aclaró que el relato de la víctima sí reunió parámetros de verosimilitud.

Por otra parte, comparto las consideraciones de la jueza de la instancia anterior cuando afirma que «[e]l dictamen pericial no es el único ni el decisivo a la hora de juzgar la credibilidad de un testimonio, claro está, en tanto se sabe el juez puede incluso apartarse del dictamen pericial».

En este sentido, entendió la jueza de sentencia que este aspecto del dictamen del perito de parte no alteraba la credibilidad de la testigo, en tanto «[...] a ese juicio el juez llega a través de un razonamiento racional que abreva de un vasto campo informativo (como se puede constatar al momento de analizar el testimonio de N), dentro del cual el dictamen de verosimilitud de los peritos es un dato más a ponderar» (ver fundamentos, fs. 835 vta.).

Del mismo modo, no puede prosperar el agravio en virtud del cual el censurante entiende que el testimonio del Dr. Barrera del CMF también constituye un indicio de la falta de credibilidad del testimonio de N R, en tanto el profesional ratificó en audiencia de debate la ausencia de lesiones en la zona anal.

Ausencia de lesiones en zona anal.

En este sentido, la jueza de sentencia brindó adecuadas razones para justificar el planteo de la defensa, reiterado en esta instancia a modo de agravio, en tanto consideró **que la ausencia de lesión en la referida**

zona no es una razón para descreer de lo afirmado por la testigo en el sentido de que fue penetrada por D R en forma anal en varias ocasiones.

Así, por un lado, consideró que la víctima no especificó cuándo fue la última vez que sufrió este tipo de abuso, ni tampoco manifestó haber sufrido algún tipo de lesión en la referida zona y, por otro, el Dr. Barrera, quien tuvo a su cargo el examen de la víctima, afirmó que **la inexistencia de lesión no descarta el acceso carnal anal.**

En definitiva, todo lo reseñado permite descartar la hipótesis del recurrente, ya que no existen elementos que permitan dudar de la versión de N R en el sentido que fue sometida sexualmente en varias ocasiones por D R M.

En síntesis, considero que la jueza a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, con acato de los principios de la lógica, la psicología y la experiencia, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Además, detalló los elementos de convicción y los cotejó de manera tal de llevar a cabo una valoración integral de aquéllos.

De este modo, los vicios denunciados por el recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la resolución impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan la modificación de lo resuelto en el dictum cuestionado, todo lo cual conduce a su rechazo. Por todo lo expuesto, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes, en los que abordé aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de aquellos casos que presentan matices similares al sub iudice; a los que remito, en lo pertinente, en honor a la brevedad (ver al respecto «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**»; y **más recientemente, «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; y «Brancello», entre otros**).

No obstante ello, estimo oportuno reiterar que el objeto del presente proceso se trata de conductas que, la mayor de las veces, suceden en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que es poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima. Por tal motivo, el testimonio de ésta adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.

En el presente caso, y en lo que a la ponderación de los diversos elementos prueba se trata, es necesario destacar que no sólo nos encontramos frente a víctimas mujeres, sino que, además, son menores de edad. Ello genera que se encuentre doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial.

Así, tratándose de **víctimas menores de edad**, estimo que constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad. Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base. A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza». Por otra parte, revistiendo las víctimas la condición de mujeres, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género. Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c). De tal manera, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16). Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**»).

Además, tal como destacué en el precedente «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Conforme lo expuesto, puede señalarse que en casos como el analizado, tal como lo ha realizado el magistrado de la instancia anterior, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de D J R M y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.280, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro.

10- VIDELA MONTENEGRO. 15-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Vinc													474
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	359

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210415_FcVMR.pdf

Lex: Arts. 119, 4° párrafo, en función del 2° párrafo del CP. Arts. 119, 4° párrafo inc. f en función del 2° párrafo del CP. Arts. 119, 1° párrafo, en función con el art. 119, 5° párrafo inc. b y f del CP. Arts. 119, 5° párrafo, en función con el 1° y 4° párrafo, inc. b, 55 del CP.

Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años. Convivencia preexistente. JAI cuestionado. Consentimiento viciado. Consentimiento libre.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **catorce años de prisión** por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en número indeterminado de hechos (art. 119, cuarto párrafo, en función del segundo párrafo del mismo artículo del C.P.) – autos N° P-862/19–; abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en número indeterminado de hechos (art. 119, cuarto párrafo, inc. f) en función del segundo párrafo del mismo artículo del CP) – autos 863/19–; abuso sexual simple calificado por ser el autor encargado de la guarda de la víctima y por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años (art. 119, primer párrafo, en función con el art. 119, quinto párrafo, apartado b) y f) del CP) – autos N° P-5.589/19– y abuso sexual simple agravado por encontrarse el imputado a cargo de la guarda de un menor de edad, dos hechos, en concurso real (art. 119, quinto párrafo en función con el cuarto párrafo, inc. b) y primer párrafo del mismo art. y art. 55, todos del CP) – autos N° P-893/19.

La **defensa** interpone recurso por entender que el condenado no habría contado con una defensa eficaz. En esta línea, agrega que los defensores anteriores se encuentran denunciados por estafa ya que, aunque le hicieron firmar un poder para administrar sus bienes, no le explicaron en qué consistía un juicio abreviado. En segundo lugar, la defensa esgrime que la voluntad expresada por el acusado durante el trámite del juicio abreviado no puede ser considerada libre, en tanto se hallaba enfermo, bajo presión psicológica y sin contar con un pleno uso de sus facultades mentales.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2630, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf

- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Morales Quiroga. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di cesare Morales: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Parágrafos destacados.

Por lo tanto, no hay razón para la procedencia del recurso con base en la inexistencia de consentimiento o en la verificación de algún vicio que impida predicar que ha sido prestado de manera libre. En otro orden de ideas, también debe rechazarse el agravio vinculado a la inexistencia de elementos de prueba adicionales en contra del acusado. Esto en tanto los elementos de convicción obrantes en la causa fueron calificados por la jueza de la instancia previa como contundentes, particularmente los testimonios de las denunciantes y de las víctimas, algunas de las cuales ya habrían cumplido la mayoría de edad.

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

(B.B.)

Fallo

CUIJ: 13-05318852-9() V. M. R. A. P/ IN PAUPERIS *105487865*

En Mendoza, a los quince días del mes de abril del año veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05318852-9, caratulada “F. C/ V. M. S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa oficial de R. Á. V. M. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 2630 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en número indeterminado de hechos (art. 119, cuarto párrafo, en función del segundo párrafo del mismo artículo del C.P.) – autos N° P-862/19–; abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en número indeterminado de hechos (art. 119, cuarto párrafo, inc. f) en función del segundo párrafo del mismo artículo del CP) –autos 863/19–; abuso sexual simple calificado por ser el autor encargado de la guarda de la víctima y por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años (art. 119, primer párrafo, en función con el art. 119, quinto párrafo, apartado b) y f) del CP) – autos N° P-5.589/19– y abuso sexual simple agravado por encontrarse el imputado a cargo de la guarda de un menor de edad, dos hechos, en concurso real (art. 119, quinto párrafo en función con el cuarto párrafo, inc. b) y primer párrafo del mismo art. y art. 55, todos del CP) – autos N° P-893/19–.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- La resolución recurrida

De acuerdo con los hechos imputados, «en fechas y horarios no precisados, pero aproximadamente entre el 28 de abril de 2008 y el 27 de abril de 2013 (fechas en las que A. M. A.z C. tenía entre 8 y 12 años de edad), en el domicilio sito en calle,, en diversas oportunidades en que A. A.z pasaba las vacaciones allí, R. Á. V.M. –aprovechando que se encontraba a solas con la niña– le pedía que entrara a la habitación de una de sus tías, se recostaba en la cama, la colocaba sobre él y le tocaba la vagina y los glúteos. Asimismo, en al menos una oportunidad, pero siempre entre las fechas señaladas, encontrándose en una pileta situada en una vivienda próxima al río Mendoza, tocó la vagina de la menor y apoyó su pene en el glúteo de ésta –autos N° P-862/19–». «En fechas y horarios no precisados pero cuando F. M. A... C. tenía entre siete y once años, en el domicilio sito en calle, en diversas oportunidad en que la denunciante vacacionaba o frecuentaba durante los fines de semana dicho domicilio, R.Á. V. M., aprovechando que se encontraba a solas con la niña, le realizó tocamientos por debajo de la ropa en la zona de la vagina y en la

cola. Asimismo, en reiteradas ocasiones, V. M. la obligaba a tocarle el miembro por debajo de la ropa; como así también en una oportunidad intentó penetrarla por la vagina en circunstancias en que F. A. se encontraba recostada en la cama de su tía, C., pero ante la negativa de la menor, por entonces, el sindicado se retiró de la habitación –autos N° P-863/19–». «En fecha 31 de diciembre de 2017, en la vivienda ubicada en calle ., R. V. M. quien se encontraba al cuidado de la menor de doce años de edad, P. B. A. P., y aprovechando que la misma estaba de visita durante varios días en su casa, mientras la menor se encontraba en la cocina lavando unos platos, es que V. M. se le acercó por detrás y con un sentido sexual, le apoyó su miembro viril en los glúteos manifestándole en forma intimidatoria ‘no digas nada porque, sino le voy a hacer daño a tu mamá y a tu papá’, provocando temor en la víctima –autos N° P-5.589/19–». «En fecha no precisada, pero aproximadamente entre el 31 de marzo de 2017 y el 30 de marzo de 2018 (fechas entre las que M. A. S. C. tenía 10 años de edad), en horas de la tarde, en el domicilio sito en calle, en oportunidad de encontrarse al cuidado de la niña, R.Á.I V. M. –aprovechando que se encontraba a solas con la niña– pasó por la cocina del domicilio y comenzó a tocarle los glúteos por sobre la ropa. Asimismo, en otra oportunidad, entre las mismas fechas y en iguales circunstancias, encontrándose al cuidado de M. S. en el domicilio mencionado, R.V. ingresó a una habitación en la que la niña miraba televisión, cerró la ventana que da a la calle, la tomó por los brazos y comenzó a pasar su pene por sobre los glúteos de la menor sin quitarse la ropa –autos N° P893/19–». Al respecto, el tribunal a quo homologó el acuerdo de juicio abreviado inicial propuesto por las partes en el marco de la audiencia de acusación celebrada en la causa (arts. 417, 419/420 y concordantes del CPP).

Así, tras estipular que el acusado consintió la aplicación del procedimiento, la existencia de los hechos y la responsabilidad por los mismos, así como la calificación jurídica y la sanción pactada, el tribunal consideró justa y equitativa la propuesta del Ministerio Público Fiscal y validó la pena de catorce años de prisión de ejecución efectiva.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de R. Á. V. M. interpone recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. En primer término, sostiene que la presentación in pauperis del acusado evidencia la ausencia de la asistencia profesional mínima que el Estado debe proveer con base en lo prescripto por el art. 18 CN. Así, el recurrente se agravia en que R.V. M. no habría contado con una defensa eficaz.

En esta línea, agrega que los defensores anteriores se encuentran denunciados por estafa ya que, aunque le hicieron firmar un poder para administrar sus bienes, no le explicaron en qué consistía un juicio abreviado. En segundo lugar, la defensa esgrime que la voluntad expresada por el acusado durante el trámite del juicio abreviado no puede ser considerada libre, en tanto se hallaba enfermo, bajo presión psicológica y sin contar con un pleno uso de sus facultades mentales.

A ello, agrega que no fue asistido técnicamente de manera debida por sus defensores, quienes no le explicaron los alcances del juicio abreviado. En último lugar, el recurrente postula que el juicio abreviado debe ser fundado y no puede basarse solamente en la admisión de responsabilidad del imputado. En este sentido, expresa que el juez no ha contado con los elementos mínimos –tales como las declaraciones de las víctimas en Cámara Gesell o el examen psiquiátrico del acusado– lo que le habría impedido a la jueza interviniente controlar el acuerdo con base en las pruebas obrantes en contra del imputado. Realiza reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Tras exponer los agravios de la defensa, en el marco del recurso formulado contra la sentencia condenatoria de R. V. M., el Procurador General sostiene que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y que debe confirmarse la condena recurrida. Indica al respecto que se ha cumplido con el procedimiento previsto en el CPP para el juicio abreviado, toda vez que los registros demuestran que el acusado manifestó su voluntad en la aplicación del instituto en cuestión, admitió los hechos que le fueron descriptos y aceptó la pena pactada.

Considera que puede afirmarse que el procedimiento abreviado fue elegido por el acusado, puesto que se cumplieron las formas que garantizan un conocimiento amplio y una voluntad libre.

Finalmente, considera que la sentencia cuestionada se encuentra suficientemente fundada, en tanto el a quo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 y ss. CPP.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

En concreto, estimo que no se han vulnerado las reglas que rigen el juicio abreviado inicial. De modo preliminar, considero oportuno destacar que de la compulsión de las presentes actuaciones, así como de las constancias audiovisuales, se desprende que el tribunal de la instancia anterior cumplió con el deber según el cual la persona acusada debe ser puesta en conocimiento de los alcances del procedimiento abreviado, así como de las posibilidades defensivas que tiene por delante al aceptar o no esa vía (sobre ello, ver “**López Pros**”).

En efecto, según se desprende de la compulsión de las actuaciones, en la audiencia respectiva el representante del Ministerio Público Fiscal, tras leer la pieza de acusación, indicó que había acordado, junto con la defensa y el acusado, tramitar el proceso conforme con las previsiones del juicio abreviado inicial (art. 359 CPP) y fijar la sanción aplicable en una pena de catorce años de prisión en efectivo (véase registro audiovisual del 29/03/2019, min. 02:35 ss.).

La defensa particular a cargo de la representación del acusado, por su lado, ratificó lo expuesto y explicó que se había entrevistado con el acusado y que éste había entendido la gravedad de la situación, su responsabilidad y en qué consistía el procedimiento especial, poniendo especial énfasis en que se había alcanzado un acuerdo respecto de la pena de catorce años de prisión (véase registro audiovisual del 29/03/2019, min. 07:50 ss.).

Luego, el tribunal de la instancia previa preguntó al acusado si estaba de acuerdo con el procedimiento abreviado, si aceptaba que los hechos ocurrieron tal como los describió el órgano acusador y si estaba de acuerdo con la pena de catorce años de prisión a imponerse (véase registro audiovisual del 29/03/2019, min. 11:00).

Específicamente, la magistrada le explicó de manera clara y ordenada cuáles eran sus derechos, en qué consistía el juicio abreviado y los alcances del acuerdo logrado. Debe destacarse que la jueza se centró especialmente en si había entendido en que se lo iba a condenar sin que se practicara un juicio ordinario. Todo lo cual presuponía la admisión de los hechos que se le atribuían en las causas de referencia. El

acusado refirió que admitía su responsabilidad, prestando su consentimiento para que se realizara el procedimiento especial (véase registro audiovisual del 29/03/2019, min. 11:00). Al respecto debe señalarse que no se advierte que el acusado en momento alguno no comprendiera lo que se le estaba diciendo, notándose lúcido y atento.

De este modo, es posible afirmar que el acusado conocía los alcances del juicio abreviado antes de aceptarlo. En suma, no se advierte, después de compulsados los registros audiovisuales de la audiencia y las constancias obrantes en las causas acumuladas, que el consentimiento prestado por R. V. M. se encontrara viciado por alguna causal que le impidiera comprender el alcance del procedimiento y sus implicancias respecto de la pena a imponerse. Por lo tanto, no hay razón para la procedencia del recurso con base en la inexistencia de consentimiento o en la verificación de algún vicio que impida predicar que ha sido prestado de manera libre. En otro orden de ideas, también debe rechazarse el agravio vinculado a la inexistencia de elementos de prueba adicionales en contra del acusado. Esto en tanto los elementos de convicción obrantes en la causa fueron calificados por la jueza de la instancia previa como contundentes, particularmente los testimonios de las denunciadas y de las víctimas, algunas de las cuales ya habrían cumplido la mayoría de edad (véase fs. 01 autos N° P-862/19).

Al respecto, debe tenerse presente que las víctimas son las nietas de la pareja del acusado, así como una amiga de ellas, y que los hechos se sucedieron durante fechas indeterminadas –véase supra– cuando aquéllas tenían ocho o nueve años de edad A. –M. A. C.–, siete años de edad –F. M. A. C.–, diez años –M. S. C.– y doce años de edad –P. B. P.–.

En este sentido debe tenerse presente la jurisprudencia de este Tribunal vinculada a la valoración de la prueba con perspectiva de género (ver al respecto, y en lo pertinente, lo referido en mis votos en las causas «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**», «**Reyes Cortelezzi**» y «**Mejía Salvador**»).

Ahora bien, respecto de las medidas de investigación no practicadas en las distintas etapas que señala la defensa, debe decirse que ello responde a que la defensa del acusado solicitó la aplicación del juicio abreviado inicial en la audiencia de prisión preventiva en la causa principal, lo que se encuentra autorizado por el art. 359 CPP.

Por ello, las objeciones relativas a una instrucción incompleta o la posibilidad de coleccionar mayores pruebas son irrelevantes para la validez del instituto, si, como vimos precedentemente, se han cumplido fielmente sus requisitos legales.

Finalmente, de las consideraciones precedentes –en las que se recorre la actividad desplegada por cada una de las partes– me llevan a descartar una inadecuada asistencia y representación del acusado en el proceso, en tanto razón que determine la nulidad del acto (art. 198, inc. 3 del CPP). En conclusión, entiendo que el tribunal le ha explicado adecuadamente el alcance y las consecuencias que trae aparejado el juicio abreviado y, de este modo, no se ha vulnerado la debida intervención del acusado en el proceso, quien ha sido debidamente representado, respetándose el estándar mínimo exigido para una defensa eficaz. Por estas razones, la primera cuestión planteada debe responderse negativamente. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que

resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**» y «**Vázquez Tumbarello**», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Puesto a resolver debo señalar que acuerdo con la solución a la que llega mi colega de Sala preopinante. En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, me remito a lo señalado en los precedentes «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**» y «**Bastias Barroso**», entre los más relevantes. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa oficial de R. V.M y confirmar la sentencia N° 2.630, originaria del Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación incoado por la defensa oficial de R. Á. V. M. y confirmar la sentencia N° 2.630, originaria del Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

11- ORTIZ AGUERO. 16-04-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>

Lex: Arts. 92 en función con los Arts. 89 y 80 inc. 1° y 11°, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 119, 3° párrafo del CP. y Art. 4 de la Ley 26485. Art. 474 inc. 1° del CPP. Convención Belem Do Para.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Vínculo preexistente. Violencia de género. Amenazas simples. Abuso sexual. Acceso carnal. Relaciones consentidas. Retracción.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** como autor de los delitos de **Lesiones** leves dolosas calificadas por el vínculo preexistente y por mediar violencia de género –dos hechos–, en concurso real con amenazas simples (Arts. 92 en función con los Arts. 89 y 80 incisos 1 y 11, y 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP); **Amenazas simples** en contexto de violencia de género (Art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y Art. 4 de la Ley 26.485) y **Abuso sexual con acceso carnal**, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género y amenazas simples, todo en concurso real y en un contexto de violencia de género (Arts. 119 tercer párrafo, 92 en función de los Arts. 89 y 80 incisos 1 y 11, 149 bis, primer párrafo, primer supuesto y 55 del CP y Art. 4 de la Ley 26485).

La **defensa** interpuso recurso de casación por entender que existieron contradicciones de la víctima y ausencia de testigos directos. Enarboló como hipótesis defensiva que las relaciones sexuales fueron consentidas.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1309 (05-08-20), dictada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>

- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- «Narvárez Videla». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-05-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

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

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05405771-1/1((018601-717438)) F C/ ORTIZ AGUERO MATIAS EZEQUIEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (717438) (717438/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105581096*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05405771-1 caratulada "F. C/ O. A. M. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/CASACIÓN".

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

A fs. 326/338, la defensa técnica de M. E. O. A., formula recurso de casación contra la sentencia N° 1309, de fecha 5 de agosto de 2.020, y sus fundamentos, en tanto condena al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor de los delitos de: lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo preexistente y por mediar violencia de género –dos hechos–, en concurso real con amenazas simples (arts. 92 en función con los arts. 89 y 80 inc. 1 y 11, y 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP) en autos P-26081/19; amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP y art. 4 de la Ley 26.485) en autos P-29.557/19; y, abuso sexual con acceso carnal, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género y amenazas simples, todo en concurso real y en un contexto de violencia de género (arts. 119 tercer párrafo, 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del CP y art. 4 de la Ley 26.485) en autos P-717.438/19.

El pronunciamiento fue dictado por sala unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-717438/19; P-26081/19 y P-29557/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa del acusado, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «[...] el día 1 de junio de 2.019, aproximadamente a las 05:00 horas, en el interior del domicilio de J.D.Z.V., sito en calle ..., se produjo una discusión entre ella y su ex pareja, M. E. O. A.. El acusado le dijo "te voy a matar, yo tengo más fuerza que vos, porque hice kick boxing", dichos que causaron temor en la víctima. Además, la golpeó en distintas partes del cuerpo, ocasionándole numerosas lesiones. La víctima se recostó sobre la cama, tapada con una manta, oportunidad en que O.A. la accedió carnalmente vía vaginal, contra la voluntad manifiesta de Z.. Luego ambos se que quedaron dormidos y, al despertarse, M. E. O. A. le manifestó "si yo caigo en el Penal te vas a arrepentir toda tu vida, voy a mandar a matar a toda tu familia", dichos que le ocasionaron temor». Para así decidir la jueza de sentencia valoró las declaraciones

testimoniales brindadas en audiencia de debate, como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

Promueve recurso de casación el defensor técnico de M.O. A. a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 1 del CPP, reclama que se anule la sentencia condenatoria y se absuelva a su defendido del delito por el que resultó condenado.

Expone que el hecho central a dilucidar es el acontecido del primero de junio a las 5.00 hs., aproximadamente, del año 2019 en el domicilio ubicado en calle Señala que en esa ocasión O.A. habría esperado a su ex pareja, J.D.Z.V., en su domicilio. Luego de mantener una discusión, J.D.Z.V. sufrió lesiones y habría sido accedida carnalmente contra su voluntad por vía vaginal, por el acusado, luego de lo cual ambos se quedaron dormidos. Al despertar, J.D.Z.V. habría sufrido amenazas para que no hiciera la denuncia, generándole temor.

Concretamente el recurrente cuestiona que en medio de lo denomina «semejante trifulca» con llantos y, toda vez que el hecho ocurrió en una zona habitada y con vecinos, nadie haya escuchado nada.

Le resulta extraña la carencia central de testigos objetivos y añade que huelgan la encuesta ambiental e inspección ocular en la vivienda, circunstancia que –entiende– no puede volverse en contra del imputado.

Contrariamente, considera que ello debe favorecerlo, máxime la contradicción esencial de la víctima que negó el hecho, al igual que el imputado. Por su parte, se pregunta cómo es posible que luego de haber sido forzada sexualmente, la víctima se haya quedado dormida junto a O. cuando nadie consumió alcohol o estupefacientes.

A su criterio, tal afirmación es contraria a la sana crítica racional y tiende un manto de duda en la causa. Expresa que no se demostraron presiones del acusado hacia la víctima y, si bien ante el ayudante fiscal formuló denuncia, en el **debate oral dijo que el acceso carnal fue consentido**.

Agrega que al respecto el acusado al declarar a fs. 300 y en el debate oral, refirió que la relación sexual que mantuvieron fue consentida.

Considera el recurrente que ante la subjetividad de un testimonio contradictorio es necesario cotejarlo con el resto del plexo probatorio y objetivo de autos para conocer la verdad real.

Así entiende que no es sostenible deducir que la equimosis violácea señalada en el examen físico resulte del entrecruzamiento de piernas para evitar la violación.

Se pregunta cómo es posible que la víctima presente tan solo un moretón de 1 cm. de diámetro, y que no se hallaran otras lesiones, ni que el examen ginecológico diera cuenta de lesiones en esa zona.

A su criterio ello da cuenta que el hecho fue consentido y destaca la versión de su defendido y la de J.D.Z.V. en el debate.

Considera que es irrelevante la presencia de espermatozoides, puesto que, como señala, el acto sexual fue consentido.

No coincide con los argumentos médicos brindados por la Dra. Tisera en relación al resultado del test de embarazo de fs. 51 vta., en tanto que a su entender la interrupción legal del embarazo tampoco arroja certeza sobre el hecho y no quita el carácter de consentido al hecho denunciado.

Agrega que el hecho relatado en informes psicológicos de causas anteriores, en el que se señala un «raro episodio de violencia sexual anterior» no denunciado, es ignoto a la causa y no puede ser valorado como prueba para sostener la ausencia de consentimiento y salvar las contradicciones de la víctima. Sostiene que, incluso, la Lic. Chiarabrando no puede determinar si el relato de la víctima es creíble y, por ello, la duda instalada no logra superar las contradicciones de la víctima.

En relación a las evaluaciones psiquiátricas practicadas a su defendido (a fs. 107, 229 y 230) considera que problemas de esa naturaleza puede tenerlos cualquier «mortal», sin embargo, a nadie se lo condena por «malo» o «simpático» y en los exámenes no se informa de personalidad psicopática y/o psicopatía sexual.

De tal manera, entiende que esa circunstancia debe operar en favor de su defendido por cuanto debe interpretarse como una duda razonable.

También debe tener ese efecto, la situación de convivencia previa con la víctima, lo que le lleva a sostener que le resulta extraño que hayan mantenido relaciones sexuales no consentidas.

Finalmente, sostiene que no debe darse crédito a las manifestaciones orales de P. M. y G. C. Z., ya que son testigos de oídas y tienen interés ganancial en la causa puesto que son amiga y hermana de la víctima. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen de la Procuración General

A fs. 6/9 se encuentra agregado el dictamen emitido por Procuración General. Examina los cuestionamientos defensivos y señala que el recurso procede formalmente, sin embargo, en lo sustancial debiera rechazarse confirmando la validez de la sentencia impugnada.

Considera que el defensor evidencia su discrepancia con la valoración llevada a cabo por la a quo respecto de las pruebas pretendiendo desvanecer la fuerza que de la reunión de aquéllas surge tratando de mostrar como consentido el abuso sexual cometido.

Entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que la jueza contó con los elementos necesarios para llegar al grado de certeza requerido.

Añade que el encuadre del hecho en un contexto de violencia de género fue acertado y tuvo no sólo en cuenta los dichos de la denunciante sino los resultados de los informes de los exámenes realizados a la víctima, así como los del acusado.

Por su parte, a fs. 348/349 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Señala que la primera versión de la víctima se encuentra corroborada con las pruebas reunidas, tal como refiere la jueza.

Agrega que los dichos de la víctima en el debate no generaron un estado de duda en la juzgadora que conllevara la absolución del acusado.

Expresa que el ataque a la sentencia carece de sustento ya que se ha acreditado la violencia, lesiones y el abuso sexual, todo inmerso en una relación de acoso y hostigamiento. Entiende que los vicios no reflejan más que una discordancia con la valoración llevada a cabo en la sentencia, propio del legítimo ejercicio del cargo del recurrente. Por todo ello, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis, anticipo opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados y confirmar aquél, puesto que no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

De forma preliminar debo señalar que en la presente causa M. E.O.A. resultó condenado por diversos hechos investigados en distintas causas.

Así en autos P 26.081/19, se tramitó la causa por el hecho de fecha 1 de abril de 2.019, y resultó condenado como autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo preexistente y por mediar violencia de género –dos hechos–, en concurso real con amenazas simple.

En los autos P 29.557/19 se investigó el hecho de fecha 30 de abril de 2019 y fue condenado como autor del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género.

Finalmente, en los autos P-717.438/19 se investigó el hecho de fecha 1 de junio de 2.019 en el que resultó condenado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género.

Sin embargo, la crítica defensiva se dirige tan sólo a cuestionar la condena por el hecho calificado como abuso sexual con acceso carnal tratado en autos N° P-717.438/19, motivo por el cual me centraré en el análisis de ese hecho, sin que ello implique **dejar de examinar en contexto el resto de las causas y sus elementos de prueba**, puesto que advierto que todos los hechos se desarrollaron entre los meses de abril y junio de 2.019 y se llevaron a cabo en situaciones en las que medió –indudablemente– violencia de género. Así, en atención a lo expuesto es que considero acertado el enfoque llevado a cabo **por la jueza al formular la valoración de los medios de convicción, como también la manera en que hilvanó aquéllos en las distintas causas que se le presentaron al momento de resolver.**

En este sentido, como anticipé, entiendo **adecuada la perspectiva de género adoptada por la jueza** y la postura por ésta asumida consistente en considerar ajustada a la realidad la versión dada por la denunciante al formular la denuncia.

Ello, luego de verificar las contradicciones –sólo en torno al abuso sexual– entre el primer relato y el prestado en el debate.

De tal manera, considero que no se verifican los vicios denunciados por la defensa técnica del recurrente y que los cuestionamientos formulados no resultan más que una discrepancia en torno a la ponderación de la prueba.

En efecto, el argumento relativo a la ausencia de testigos –vecinos– que den cuenta de la situación de abuso sexual resulta pueril, puesto que sobre todo este tipo de delitos se llevan a cabo en un marco de intimidad que conspira contra la presencia de terceras personas que lo presencien o adviertan.

Tampoco consigue enervar las conclusiones en torno a la comisión del delito la circunstancia de que luego de ser abusada J.D.Z.V., se quedase dormida junto a su agresor. Al respecto basta recordar que la denunciante se encontraba en su vivienda, en altas horas de la madrugada y, previo a ser accedida carnalmente, había recibido golpes y, luego, amenazas.

Por ello es que tampoco puede tener acogida favorable el planteo que formula según el cual no se han demostrado presiones por parte del imputado a la víctima, soslaya el defensor los golpes y amenazas recibidos ese día y en ocasiones anteriores.

Tampoco acierta el recurrente al argumentar en favor de la versión de su defendido y la referida por J.D.Z.V. en el debate pretendiendo una diversa consideración de las pruebas del examen físico practicado a la víctima y las declaraciones de la Dra. Tisera del CMF.

Entiendo, por el contrario, que la interpretación de esos medios de prueba llevada a cabo por la jueza es correcta. Siendo ello así, debe señalarse que la magistrada sentenciante valoró adecuadamente:

EPI ALTO.

a) El informe llevado a cabo por la Lic. Mariana Chiarabrando del EPI que da cuenta de una valoración de riesgo de violencia física como grave y que de forma acertada fue valorada por la jueza en el sentido de abonar la veracidad de la versión de original de J.D.Z.V.

Destaca la magistrada que la denunciante fue evaluada por ese organismo en dos ocasiones anteriores y que en ambos casos la evaluación **arrojó un nivel de alto riesgo** y que en los tres expedientes se repitió la situación. Además, pone de resalto que ya en la primera evaluación se había detectado la existencia de violencia sexual en la pareja.

En este sentido discrepo con la crítica de la defensa en cuanto a que arguye la imposibilidad de ponderar las evaluaciones llevadas a cabo en las otras causas. Considero, por el contrario, que en atención a que las causas fueron llevadas a juicio conjuntamente, que los protagonistas del conflicto son los mismos, como –también– el contexto violento –en el marco de una relación de subordinación de género– se imponía la valoración de los elementos de prueba en forma conglobante.

Por otra parte valoró las declaraciones de la Lic. Chiarabrando prestadas en el debate llevado a cabo, manifestaciones que resultaron concordantes con los informes de la evaluación llevada a cabo. En este sentido destaco –en atención a la queja de la defensa– que aquélla, si bien dijo que no podía determinar la credibilidad del relato, sí la encontró coherente y que sus declaraciones tenían detalles y no advirtió ganancialidad en sus dichos.

Examen del CMF

b) En el mismo sentido ponderó el examen llevado a cabo por profesionales del Cuerpo Médico Forense a J.D.Z.V., y consideró que coincidía con el informe del EPI.

Al respecto entiendo que acierta puesto que la Dra. Gómez y la Lic. Lara dieron cuenta que el relato de la denunciante entre otras cosas le resultó verosímil y presentaba indicadores de ser víctima de violencia física, psicológica y sexual. Valoró también la jueza que en el debate la Dra. Gómez relató que J.D.Z.V. había referido un episodio de agresión sexual de manera espontánea.

De allí que la conclusión a la que arribó no sólo no resulta cuestionable sino que –a mi modo de ver– luce debidamente fundada, con una adecuada valoración de los elementos de prueba válidamente incorporados a la causa de acuerdo a los parámetros señalados por este Tribunal en relación a hechos ocurridos en el marco de la violencia de género.

También consideró que abonaba a la primera versión vertida por J.D.Z.V., la declaración de P.M. quien en el debate luego ratificó que su amiga le dijo que M.O. la había forzado a tener relaciones.

Asimismo consideró que sostenía aquella primera versión la circunstancia de que en fecha 22 de agosto de 2019 se practicó a J.D.Z.V. una interrupción legal del embarazo. En contraste con estos elementos de convicción que llevaron a la jueza a otorgar credibilidad a la primera declaración de la denunciante, consideró que las manifestaciones de J.D.Z.V. en el debate, habían sido inconsistentes y explicó los motivos de su afirmación (ver fs. 15 de la sentencia).

De tal manera las críticas de la defensa carecen, a mi modo de ver, de suficiencia para conmover a la resolución cuestionada. Así he señalado que la contradicción surgida en el testimonio de la denunciante prestada en el debate fue correctamente zanjada por la jueza en el sentido de otorgar crédito a la primera versión.

En relación al argumento según el cual sólo una equimosis violácea de 1 cm en cara interna del muslo derecho no resulta, a criterio del defensor, prueba suficiente del acceso carnal no consentido, debe señalarse que aquél soslaya las lesiones constatadas en el resto del cuerpo de J.D.Z.V. Por su parte, el descreimiento del recurrente en relación a la explicación brindada por la Dra. Tissera sobre el resultado negativo del test de embarazo practicado al momento del examen no resulta más que una opinión de la defensa, sin explicación científica de su discrepancia.

Tampoco resta suficiencia a la sentencia la crítica que formula en relación a la valoración llevada a cabo por la sentenciante respecto de las evaluaciones psiquiátricas practicadas al sospechado.

En este sentido la ponderación no fue sobre si aquél era «malo o simpático» y, si bien es cierto que no se informa de personalidad psicopática y/o psicopatía sexual, no puede dejarse de lado que los profesionales que lo evaluaron apuntaron que presentaba –entre otros aspectos– «marcadas **dificultades en el control de sus impulsos**», que «podía presentar reacciones explosivas, hostiles y/o agresivas en caso de sentirse cuestionado o de no conseguir sus logros» y que «esta limitada capacidad empática y la inflexibilidad respecto a su punto de vista aumenta el riesgo de producción de violencia en vínculos interpersonales conflictivos».

Por último, y más allá de la desaprobación del defensor respecto del valor probatorio de P. M. y G. Z., no explica los motivos por los cuales las nombradas –en virtud del vínculo que tienen con la denunciante– se inclinarían en abonar la primera versión y no la segunda.

De esta manera el argumento expuesto no resulta más que una conjetura, sin mayor asidero en la causa. Finalmente entiendo oportuno señalar, tal como adelanté, que al momento de resolver, la jueza asumió una visión integral respecto a los criterios interpretativos señalados en la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales).

Esta ley, de forma expresa, exhorta a los operadores judiciales para que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31) (ver al respecto lo señalado en el **precedente «Calderón Polo»**).

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **«Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Vega», Zurita», «Merlo Lassa» y «Ojeda Pérez»**.

En particular, en esta última causa (Ojeda Pérez), sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo lo expuesto, en aquella ocasión concluí que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional, en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, resulta precisamente haber establecido aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. En el precedente Brancello Urbón señalé que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y art. 7 de la CM–, que a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el **precedente «Zurita»** he enfatizado que la perspectiva de género no resulta simplemente un lenguaje, sino –en esencia– una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas. En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal – como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–,

como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989).

Por su parte, en el precedente **«Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. Esto es, que el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narvárez Videla»**).

Estas reflexiones, como señalé, las entiendo plenamente aplicables al caso toda vez que nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, adecuadamente encuadrado como tal por la magistrada de instancia. Por las razones precedentemente expuestas, y en opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de MEOA debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

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

Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de MEOA, y por ello corresponde confirmar el acto sentencial impugnado. Sin embargo, considero pertinente efectuar algunas consideraciones en torno a la valoración de los medios de convicción, en atención a los planteos recursivos formulados y, en tanto que el defensor sugiere la aplicación del principio in dubio pro reo.

Ruiz Gutierrez. In dubio pro reo. Prudencia. Regla de desición, no de valoración probatoria.

Al respecto, en el precedente **«Ruíz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo, en los supuestos en los que la mujer resulta víctima en razón de su género. Entiendo, que desde un enfoque procesal, **el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria** sino

una regla de decisión, sin embargo su correcta aplicación importa una actividad de ponderación de la prueba que tome en consideración las particularidades propias de los casos de violencia de género, debiendo valorarse para determinar el valor probatorio que corresponde asignar a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Esto, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones sujetas a control para determinar si debe absolverse o condenar. Expresé también que como regla de decisión, el principio referido, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente señalé que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**ver cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

Galdeano Reyes

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**ver «Concha, Jesús y ots.»**). Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las

investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Establecido lo que he señalado, entiendo que la jueza llevó a cabo su valor de meritación de los elementos de juicio adoptando una mirada integral de la problemática, toda vez que al examinar el testimonio de J.Z., lo hizo desde una necesaria mirada de género que la problemática demanda, esto es, tomando en consideración las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retractación de lo denunciado en un primer momento, tal como pasó en el caso traído a estudio.

Por ello es que, los planteos defensivos no hallan respaldo en los medios de prueba ponderados por la magistrada, en tanto que advierto que el impugnante al formular los agravios omitió toda consideración de los indicios que señalan el contexto violento de género en el que se encontraba J.Z. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de MEOA y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1309 y sus fundamentos dictada por sala unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

12- ROJAS SANTILLAN. 28-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Vinc													
VS	Par	M	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=608>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239 y 55 del CP; art. 4 Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas simples. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Falta de juramento de la víctima en debate oral.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **siete años de prisión**, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, amenazas simples y desobediencia a una orden judicial, todo en concurso real y en contexto de violencia de género, en concurso real con desobediencia a una orden judicial y amenazas simples (arts. 119 tercer párrafo, 149 bis primer párrafo, primer supuesto, 239 y 55 del Cód. Penal; art. 4 Ley 26485).

La **defensa** interpone recurso de casación. Aduce que la sentencia es arbitraria e ilógica, porque se ha apreciado la prueba de manera incorrecta, apartándose de las reglas de la sana crítica racional, por lo que pide que se declare su nulidad. Refiere que en el debate planteó la nulidad de la declaración de la denunciante, quien no prestó juramento en debate oral.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1281, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 438-47
- Escudero Benito. 21-12-84 L.S.186-427
- Cirrincione. 07-03-78 L.S. 153-011
- L.S. 354- 218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177
- L.S. 419-17
- Gatica Toledo. 26-02-09 L.S. 397- 237
- L.S. 388-024
- Grippi. 17-04-08 L.S. 388-062

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género. Deber jurídico.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Quiroga Morales. 10-09-2019: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=473>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

b-CSJN.

- González Nieva. 08-10-20:

<https://www.cij.gov.ar/nota-38250-La-Corte-Suprema-absolvi--a-Jorge-Enrique-Gonz-lez-Nieva.html>

Doctrina y publicaciones citadas

UNICEF. “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

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

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05382696-7/1((018601-102209)) FC/ R. S., D. R. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AMENAZAS SIMPLES Y DESOBEDIENCIA (102209) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105556229*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05382696-7/1 caratulada “F. C/ R. S., D. R. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AMENAZAS SIMPLES Y DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN”.

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

La defensa oficial de D. R. R. S. interpone recurso de casación (fs. 387/408 vta.) contra la sentencia N° 1281 en tanto condena al nombrado a la pena de siete años de prisión, por resultar autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, amenazas simples y desobediencia a una orden judicial, todo en concurso real y en contexto de violencia de género, en concurso real con desobediencia a una orden judicial y amenazas simples (arts. 119 tercer párrafo, 149 bis primer párrafo, primer supuesto, 239 y 55; art. 4 Ley 26485 del Cód. Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en Sala Unipersonal, en dos causas acumuladas.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia tuvo por acreditado en la causa P-102.209/18, que el 2 de diciembre de 2018 entre las 5 y 5.30 horas, en el domicilio ..., el acusado ingresó a la habitación de su pareja – A.L.P.B.–, quien al despertarse advirtió que aquél estaba sentado en una silla mirándola y comenzó a decirle que la amaba y quería retomar la relación, expresándole que quería tener relaciones sexuales con ella.

Al negarse la víctima, repitió esa frase insistentemente y tras decirle que se había sacado un dispositivo intrauterino y no quería quedar embarazada, el acusado le bajó el pantalón, le abrió las piernas con fuerza y la accedió carnalmente vía vaginal contra su voluntad, mientras le tapaba la boca, para luego cubrirle los ojos con una almohada al verla llorar.

A raíz de ello, la víctima padeció equimosis violácea de dos por un centímetro en cara interna de muslo izquierdo, tercio medio y dos escoriaciones lineales de un centímetro en cara externa del brazo izquierdo, con un plazo probable de curación menor a un mes. Posteriormente el imputado, a las 21 horas del 10 de diciembre de 2018, se presentó nuevamente en el domicilio de la denunciante, donde le dijo que «...era una puta y que no abriera la boca».

Tomando una varilla del exterior del domicilio, manifestó «...te voy a agarrar a huascazos pendeja, yo te voy a dar un varillazo para que sepas quién es el macho que manda acá», dichos que generaron temor en la denunciante. En esa circunstancia, el imputado hizo caso omiso a la prohibición de acercamiento dispuesta por el Séptimo Juzgado de Familia, que le fuera notificada el 27 de abril de 2017.

En la causa acumulada P-64.947/18 el juez de la instancia previa, consideró demostrado que el 7 de agosto de 2018 entre las 15:02 y las 23:57 horas, y luego del 8 de agosto de 2018 al 12 de agosto de 2018 el acusado mantuvo comunicación mediante la aplicación de WhatsApp con la denunciante, manifestándole mientras ella se encontraba en el domicilio de ...: «mirá, si yo a vos te veo con alguien te voy a hacer re cagar, te voy a hacer re cagar, L, hasta matarte» (fundamentos, fs. 372). Esto en incumplimiento de la prohibición de contacto impuesta por el Séptimo Juzgado de Familia, que le fue notificada personalmente.

2.- Recurso de casación

Aduce la defensa que la sentencia es arbitraria e ilógica, porque se ha apreciado la prueba de manera incorrecta, apartándose de las reglas de la sana crítica racional, por lo que pide que se declare su nulidad. Refiere que en el debate planteó la nulidad de la declaración de la denunciante, porque no prestó juramento ni promesa de decir verdad, a lo que el tribunal no accedió.

Señala que se trata de una nulidad absoluta, y que al resto de los testigos sí se les tomó tal juramento. En subsidio, entiende que de los dichos de la denunciante surgen dudas, ya que fue contradictoria, al decir que el acusado era una buena persona y padre. También, que en determinados momentos ella se paralizaba, quedando como perdida, por el abuso que sufrió durante su infancia, que aún rememora, y que el presente hecho nunca existió.

Además afirma que el fiscal no acreditó el acceso carnal, cómo fue ni cómo lo hizo, y no obstante el juez lo tiene por cierto. Que sólo narra que ella estaba acostada, el imputado la miraba y nada más. Indica que el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario que valora el juez es infundado, ya que sólo da cuenta de lo que la víctima les contaba a los profesionales sin que se puedan probar los extremos relatados. Agrega que ante preguntas de su parte reconocieron en el debate, que no verificaron nada de lo que dijo la víctima y sólo tomaron sus dichos para llegar a las conclusiones.

Se queja también, porque no coinciden las licenciadas Lemos y Lértora, aspecto del que deriva la falta valor convictivo de lo expresado por ellas, generando una duda. Alega que la primera mencionó el perfil de agresor como factor de riesgo, mientras que la segunda dijo que ese perfil no constituye un factor para determinar dicho riesgo, porque al agresor lo evalúa el Cuerpo Médico Forense. Reitera que dijeron que sólo tomaron sus dichos para llegar a sus conclusiones.

Sobre el psiquiatra Profili resalta que dijo que no se puede establecer si el hecho ocurrió o no, mencionando que los escasos recursos del imputado frente a situaciones de frustración, lo pueden llevar a desajustes conductuales.

Agrega que la Dra. Azcurra constató lesiones leves en la víctima, y no incluyó entre las posibles causantes de esos moretones a la obesidad, concluyendo el a quo en que fue el fruncimiento de las piernas de la víctima para no ser violada, la causal del moretón. Que la madre dijo que su hija sufría ataques de pánico desde que vivían en ..., antes del casamiento, de los que era tratada en un centro de salud y en el Hospital El Sauce, mientras que la denunciante dijo que esos ataques aparecieron a partir del casamiento. Relata

que si la denunciante dice la verdad no lo pueden determinar las licenciadas Jardón y Anfandari, ya que ellas sólo escucharon su versión y advirtieron su estado anímico.

Aduna que los indicios son ambivalentes, no se puede hablar de relación disfuncional, sino que se está en presencia de una persona que manipuló a su defendido, bajo amenazas de no ver más a sus hijos, lo que no es propio del perfil de una víctima de abuso sexual, ni parte de un contexto de violencia de género. En la causa por desobediencia se queja porque de las pruebas surge que la denunciante no comprendió el significado de la prohibición de acercamiento que solicitó, ya que ella invitó al acusado para que pasara a su casa.

O sea, que no hubo incumplimiento de parte de su asistido. Destaca que los mensajes de WhatsApp muestran una relación cariñosa y provocativa por parte de la supuesta víctima. Cita jurisprudencia. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado.

Sobre el incidente, expresa que **la defensa consintió el acto que ahora ataca y participó en él**, realizando el planteo recién antes de iniciar sus alegatos.

Resalta **que no pidió compulsa por falso testimonio**, limitándose a descalificar los dichos de la víctima. Por lo demás, señala que el a-quo analizó las pruebas correctamente, por lo que la queja no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

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

Ello por cuanto de la revisión practicada, emerge que las pruebas incorporadas, valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica, cuyo apartamiento la quejosa no pudo demostrar, acreditan la existencia de los hechos objeto de la acusación.

De esta forma, a través de las distintas etapas del proceso, pudo constatar que el relato de la víctima, se mantuvo incólume en lo esencial, coincidiendo en estos extremos su madre, y los distintos especialistas de la salud que la entrevistaron a lo largo de la investigación.

Al respecto, las licenciadas Lemos y Lértora del Equipo Profesional Interdisciplinario, estimaron que la denunciante fue veraz, toda vez que aportó detalles, reprodujo conversaciones y expresó sentimientos, de lo que se extraen indicios de sinceridad y espontaneidad que validan sus dichos (fundamentos, fs. 369).

Aquellas profesionales, declararon en el debate que encontraron a la denunciante en un estado de suma vulnerabilidad, que de su relato derivaron que el perfil del agresor mostraba una relación de superioridad, generando así desigualdad de poder; que había control por parte de él y que la castigaba.

Señalaron que percibieron, desde la perspectiva de su especialización, que su autoestima estaba muy baja y que había autoculpabilización (algo malo habré hecho para que ocurra eso), calificando sus dichos también como homogéneos, consistentes, con un lenguaje contextual y un estado emocional acorde. L, en particular, refirió que consideraron su situación **como «de alto riesgo»**, puesto que había un historial

de violencia en la pareja que no se limitaba a la faz sexual, aclarando que el informe que ellas elaboran es urgente y preventivo, para evaluar si está en riesgo o no (fundamentos, fs. 369 vta).

A ello debe agregarse que coincide con las apreciaciones precedentes, el informe de fs. 203/204 del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual, en tanto determina que el discurso de la víctima fue espontáneo, coherente y verosímil, sin que se observen indicadores de fabulación o mitomanía, ni tendencia a crear historias inexistentes.

La licenciada Jardón de dicho equipo dijo que el relato tuvo indicadores de credibilidad; que fue lógico, coherente, verosímil, extremos con los que concordó su colega, la licenciada Alfanday. Por su parte, la médica del Cuerpo Médico Forense que le practicó examen físico, detectó equimosis en la cara interna del muslo, entre las piernas, producto de la aplicación de una fuerza externa, que es posible que se ocasionara por la fuerza de las extremidades para resistir la penetración.

Frente a este cuadro probatorio, que se reseña parcialmente, las críticas de la defensora reflejan sólo una interpretación personal del mismo, carente de otra base que no sea su opinión particular y, por lo tanto, insusceptibles de modificar la decisión que se adoptó.

Efectivamente, la letrada subestima las probanzas rendidas, para afirmar la inexistencia del hecho denunciado y la inocencia de su defendido, bajo la excusa que la víctima sufría ataques de pánico y habría sido abusada por su padrastro años atrás (recurso, fs. 399 vta.), sin explicar de qué modo estas circunstancias pueden restarle credibilidad a sus dichos y a la labor de los equipos especializados que actuaron en este proceso.

En esta dirección, cuestiona la valoración de los informes y testimonios rendidos por todos los médicos y psicólogos integrantes de dichos equipos, aduciendo entre otros calificativos, falta de objetividad (recurso, fs. 403, entre otras).

A modo de ejemplo, se queja que haya concluido el a quo, que los moretones que la médica del Cuerpo Médico Forense verificó en las piernas de la víctima, hayan sido ocasionados por su negativa a mantener las relaciones sexuales que el encausado le imponía, soslayando en definitiva, la trascendencia que ostentan tales pruebas, en orden a la dilucidación de la verdad, en delitos como el presente que frecuentemente, son cometidos en la intimidad.

Por lo demás, no es relevante en orden a la exclusión de la posibilidad que el acusado haya cometido el abuso que se le enrostra, que la víctima y su madre hayan expresado que él era un excelente padre, ni tampoco se advierte de qué forma partiendo de lo informado por el Dr. Profili, puede arribarse a su inocencia, ante el contenido del dictamen por él suscripto y el cuadro cargoso reunido.

En este punto, corresponde también desestimar la nulidad de la sentencia, interpuesta en razón de que la víctima, si bien juró decir verdad al momento de formular su denuncia, frente a la Ayudante Fiscal, de acuerdo a las constancias de fs. 2 de autos, no prestó el juramento de ley antes de comenzar su testimonio, durante el debate.

En efecto, la recurrente no indicó al promover esta petición en la instancia anterior, cuál derecho de su pupilo se vio afectado con la falta de juramento, máxime teniendo en cuenta que ella estuvo presente durante el acto, ejerciendo su ministerio activamente e interrogando a la deponente.

Falta de juramento de la víctima.

De tal modo, **lo planteó recién cuando estuvo concluida y cerrada la etapa probatoria, consintiendo en definitiva, que el acto se produjera en la forma que la agravia.**

O sea, si bien dicho juramento debió tener lugar, el inferior expresa en su resolución, que la víctima fue instruida por él, en el sentido de que debía **decir la verdad**, y que **la defensora no ha pedido compulsar por su falso testimonio.**

Estos argumentos no han sido refutados por la letrada en esta instancia, quien se limita a reiterar el planteo, lo que se erige en otro motivo más determinante de su rechazo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala (L.S. 438-47, entre otros).

A esto se suma, que las numerosas y concordantes pruebas rendidas, permitirían independientemente del testimonio de la denunciante, llegar a la condena pronunciada.

Desobediencia.

Con relación a la causa por **desobediencia**, su negativa a que no se cometió el delito también debe ser desestimada, ya que la quejosa entiende que fue la actitud provocativa de la denunciante, unida a su invitación a concurrir a la casa donde luego tuvo lugar el abuso, lo que generaron que su asistido tuviera por cierto que esa prohibición de acercamiento no estaba vigente, extremos que no constan en autos.

Por el contrario, surge de las probanzas –instrumental, testimonial, informativa– de la causa acumulada N° 64.947/18, que entre el 7 de agosto de 2018 hasta el 12 del mismo mes, hubieron comunicaciones entre el encausado y la víctima, a través de teléfono celular, **no obstante la prohibición emanada del Séptimo Juzgado de Familia**, de abstenerse de todo tipo de vinculación por medios tecnológicos, hasta tanto se acreditara que el contacto resultaba perjudicial a la integridad psico-física de la denunciante, lo que le fue notificado el 27 de abril de ese año.

El tenor de los agravios esgrimidos en este expediente acumulado, es el mismo que aquellos formulados en la causa por abuso, por lo que le resultan aplicables los términos ya vertidos para desestimarlos. La misma suerte corre la queja centrada en que no fue determinado en forma precisa el hecho de abuso que se le endilgó a su defendido, toda vez que en su formulación, soslaya los contundentes términos del requerimiento de elevación a juicio, que el a quo tiene por probados.

En efecto, tal actuación procesal da cuenta que el imputado ingresó a la habitación de su pareja, «[...]quien al despertarse advirtió que aquél estaba sentado en una silla mirándola y comenzó a decirle que la amaba y quería retomar la relación, expresándole “me duelen los huevos, necesito descargar”, frase que repitió insistentemente al negarse la víctima y tras decirle que se había sacado un dispositivo intrauterino y no quería quedar embarazada,[...] le bajó el pantalón, abrió sus piernas con fuerza y la accedió carnalmente vía vaginal contra su voluntad, mientras le tapaba la boca, para luego cubrirle los ojos con una almohada al verla llorar.

A raíz de ello, la víctima padeció equimosis violácea de dos por un centímetro en cara interna de muslo izquierdo, tercio medio y dos escoriaciones lineales de un centímetro en cara externa del brazo izquierdo [...]» (fundamentos, fs. 367).

En definitiva, la recurrente se basa para negar los hechos acreditados, en elementos carentes de dirimencia, que ceden frente al cuadro probatorio reunido, sin aportar razones que descalifiquen la sentencia en lo atinente a su validez.

Además, la motivación si bien es escueta, resulta suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S.186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos de acuerdo a lo hasta acá desarrollado, no ocurre.

Como consecuencia de esto, **tampoco procede la absolución por la duda del acusado**, desde que al resultar la motivación ajustada a derecho y no surgir el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, ello no es factible, según se la jurisprudencia de esta Sala (L.S. 419-17, 397- 237, 388-024, 388-062) y de conformidad con los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso **“González Nieva, Jorge Enrique”**.

Es menester destacar que el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos **precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»;«Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»;«Castro Luis», entre otros)**.

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas **en «Ojeda Pérez»**, ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionarlos estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”**, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones

socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías:i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...]consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el **ya citado precedente «OjedaPérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art.206 y 409 del CPP).**

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...]el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba—objetivos y subjetivos— a la luz de aquellos parámetros interpretativos

que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (**ver BOBBIO, Norberto**, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general

de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) - **conf.«Zurita»**-.

El enfoque de género con un análisis interseccional que ha sido adoptado por la Corte IDH, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, demigrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en **situación socio económica desfavorable**, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en **«Zurita»**.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso **«Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la **trascendencia de la ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los **elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad** consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar **despojada de estereotipos** y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Consideraciones, como adelanté, que entiendo plenamente aplicables a este caso.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales», «Mejía Salvador», «Zurita», y «Castro Luis»**, por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Rojas Santillán.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros**).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género». En este sentido, señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En definitiva, estimo que el juez de sentencia aplicó en forma satisfactoria las pautas reseñadas, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 385/408 vta. por la defensa oficial de Daniel Roberto Rojas Santillán.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

13- CORAITE AQUINO. 03-05-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=580>

Lex: Arts. 119, 4º párrafo, inc. f y 55, 45 del CP. Arts. 85, 147, 155, 198 inc. 1º, 371 y 377 del CPP. Resolución N° 26 de implementación de la ley 9040.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Número indeterminado de hechos en concurso real. Identidad física del juzgador. Principio de inmediación. Sistema de video registración de las audiencias públicas.

Summa:

El **TPC N° 1 PCJ** condenó al nombrado a la pena de trece años de prisión, accesorios legales y costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con una persona menor de 18 años de edad en un número indeterminado de hechos en concurso real (artículos 119 cuarto párrafo, inc f y 55, 45 del CP).

La **defensa** interpone recurso en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal. Sostiene que en la resolución impugnada se han violado los artículos 198 inc. 1, 371 y 377 del CPP. El juez suplente no ha concurrido a las audiencias de debate, circunstancia que afecta el debido proceso legal, y conculca el principio de identidad física del juzgador. Cita la Resolución N° 26 de implementación de la ley 9040, emitida en el marco de la causa N° 77 “Corradi Solimani”.

El **Procurador General** aconseja el rechazo del recurso interpuesto, en tanto no advierte vulneración alguna a las garantías constitucionales del imputado. En ese sentido considera que todas las audiencias fueron registradas en el sistema audio visual.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 781, pronunciada por el TPC N° 1- 1º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mallón Baca. 16-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=35>
- Díaz Bustos. 28-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=238>
- Gómez Claudio. 17-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=201>
- Rodríguez Chambi. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=191>
- Agüero Silva. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=39>
- Brizuela Garro
- Lorente L. Alberto

- Rojas Cabezas
- Ramírez Terán.

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

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04875455-9/1((018601-26394)) FC/ C. A. D. o P. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (26394) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104959442*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04875455- 9/1 caratulada "F. C/ C. A., D. O P. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL S/CASACIÓN".

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

La defensa oficial de D. C. A. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 781 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de trece años de prisión, accesorios legales y costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con una persona menor de 18 años de edad en un número indeterminado de hechos en concurso real (artículos 119 cuarto párrafo, inc f y 55, 45 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de anterior instancia ha tenido por acreditados los hechos descritos en el auto de elevación a juicio de fs. 387/390 que da cuenta que «sin poder precisar la fecha exacta, pero desde aproximadamente una semana después del día 2 de agosto de 2007 hasta el 9 de enero de 2012, en un galpón de ajo sito en..., Maipú, D. C. A., penetró por la vagina en reiteradas oportunidades a Y. S. S., de 15 años de edad, siempre contra su voluntad. Para ello, C. A. en algunas ocasiones golpeó a la víctima y en otras forcejeó o utilizó amenazas. Posteriormente estos hechos se repitieron pero en el domicilio de..., Maipú, para luego producirse en el domicilio..., Maipú. Producto de estos abusos nacieron el 27 de enero de 2008, las gemelas AS Y CS».

Para decidir de este modo, el tribunal ponderó entre otros elementos probatorios, las declaraciones testimoniales de la víctima Y. S. S., de la Lic. Cucchi, de L. L., de A. V., de A. E. V. R., el informe de la División Delitos contra de integridad sexual de fs. 34/37; el informe pericial de fs. 41, el examen psíquico realizado al imputado en el Cuerpo Médico Forense de fs. 291.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

Sostiene que en la resolución impugnada se han violado los artículos 198 inc. 1, 371 y 377 del CPP.

Luego de realizar un relevamiento de las constancias de la causa, expresa que el integrante del Tribunal Dr. Guiñazú, como suplente no ha concurrido a las audiencias de debate, circunstancia que afecta el debido proceso legal, y conculca el principio de identidad física del juzgador.

Sostiene que la necesidad de la presencia del juez suplente en todo el transcurso del debate se ve confirmada por la **resolución N° 26 de implementación de la ley 9040**, emitida en el marco de la causa N° 77 **“Corradi Solimani”**, en tanto dispuso que los magistrados suplentes debían estar presentes durante el desarrollo de las diversas audiencias.

3.- Dictamen del señor Procurador General.

A fs. 630/631 el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso interpuesto, en tanto **no advierte vulneración alguna a las garantías** constitucionales del imputado. En ese sentido considera que todas las audiencias fueron registradas en el sistema audio visual a disposición de las partes y del tribunal, por lo que la pretensión defensiva se observa como un planteo de la nulidad por la nulidad misma.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar destaco que el objeto procesal se ciñe al supuesto de abuso sexual agravado con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y conforme surge del escrito casatorio, **la defensa oficial no cuestiona la existencia material del hecho ni la autoría del imputado, de manera que aquellos devienen firmes.**

Dicho cuanto precede, entiendo que resulta pertinente relevar las constancias de la causa en tanto, según lo entiendo, demuestran la **inconsistencia del planteo formulado.**

En efecto, se asignó la jurisdicción a la Sala Unipersonal N° 1 de la entonces Quinta Cámara del Crimen, para la tramitación del legajo (fs. 434); la defensa debidamente notificada ejerció la facultad prevista por el art. 46 inc. 2 del CPP y solicitó la intervención colegiada del tribunal (fs. 440). Así las cosas, el tribunal puso en conocimiento de las partes que mientras durara la licencia de la Dra. Gil de Chales, integrante de la entonces Quinta Cámara del Crimen, la misma sería subrogada por el Dr. Gonzalo Guiñazú, quien actuaría conjuntamente con los Dres. Gutiérrez del Barrio y Del Pópolo (fs. 449).

Según surge del acta de fs. 492, en la audiencia llevada a cabo el 13/03/2019, el Dr. Escot informó que, a raíz de un accidente de tránsito sufrido por el Dr. Guiñazú, la presidencia sería ejercida por la vocalía a su cargo, sin que las partes formularan oposición, quedando así integrado el tribunal con los **Dres. Del Pópolo, Gutiérrez del Barrio y Escot.**

En la audiencia oral llevada a cabo el 10 de junio de 2019, el tribunal colegiado a través de su Presidente **Dr. Escot**, informó la nueva integración del Tribunal a raíz de una indisposición cardíaca sufrida por el Dr. Del Pópolo informándoseles a las partes que el Dr. **Guiñazú Morales**, ya repuesto de su dolencia, actuaría en reemplazo del Dr. **Del Pópolo** (fs. 565).

En ese marco, la defensa planteó **oposición a la nueva integración y formuló la pertinente reserva de casación** (registro audiovisual audiencia del 10/06/2019, 01:45 a 03:03).

Corrida la vista al Ministerio Público Fiscal, se pronunció por el rechazo de la oposición.

En la audiencia celebrada el día 10/06/2019, según se desprende del registro audio visual, el tribunal de sentencia rechazó el cuestionamiento, sintéticamente con los siguientes argumentos: la oposición del defensor particular constituía un planteamiento puramente formal de nulidad; **sostuvieron además que el sistema de registración de las audiencias orales previsto por la ley 9040 permitía al Dr. Guiñazú apreciar acabadamente las circunstancias del debate** y que, incluso era factible reiterar la citación de los testigos a fin de formular eventualmente preguntas aclaratorias y, finalmente consideraron que bajo la vigencia de la ley 9040 no existen normas procesales específicas que dispusieran que los magistrados sorteados como suplentes debían estar presentes durante la realización de las audiencias.

Así las cosas, y luego del relevamiento de los actos procesales, destaco que en las sucesivas audiencias declararon el imputado, la **víctima** Y. S. S. (9/05/2019); el Ministerio Público Fiscal amplió el requerimiento de conformidad al art. 391 del CPP y prestaron declaración la licenciada Cucchi y el Sr. L. A. L..

Debo agregar que del análisis del devenir procesal de estos obrados surgen las consideraciones específicas para desestimar el planteo formulado. Veamos.

En efecto, la integración originaria de la Cámara de Crimen estuvo conformada por los Dres. Gonzalo Guiñazú, Marcelo Gutiérrez del Barrio y Jorge Del Pópulo (fs. 449). De lo que surge en mi convicción, una primera conclusión y es que el cuestionamiento casatorio formulado por la defensa oficial, se ciñen a cuestionar al magistrado que desde el inicio de la etapa de juicio propiamente dicha, integraba naturalmente la Cámara sentenciante y, respecto del cual no se formuló objeción alguna ni se ejerció la facultad de recusar al magistrado interviniente, de acuerdo a **los artículos 79, 364 y concordantes del CPP**.

Dicho cuanto precede concluyo que la defensa asume una estrategia defensiva contradictoria con la estrategia inicial, toda vez que en oportunidad de informársele la integración de la Cámara no se opuso ni recusó al Dr. Guiñazú, con lo cuál se encuentra consentida la natural integración del Tribunal.

Por otra parte, el agravio constituye una reedición del planteo formulado en la anterior instancia y, se esgrime bajo la argumentación de que **el magistrado no ha estado presente en las sucesivas audiencias cumplidas**, con lo que la defensa entiende que se encuentran **violentados los principios de inmediación, la identidad física del juzgador** lo que, a su criterio, en definitiva se plasma una nulidad vinculada a la **constitución del tribunal (art. 198 inc. 1 CPP)**.

En este orden el rechazo de la pretensión se impone desde que, no sólo la defensa consintió la intervención del magistrado (fs. 449) sino que además el sistema de video registración de las audiencias públicas (art. 85, 147, 155 y concordantes del CPP) permite que las probanzas lleguen al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna, a la vez que lo habilitan para adquirir el conocimiento de las circunstancias y de las vivencias propias del debate oral, de modo que el magistrado en este contexto se encuentra habilitado por los medios que dispone la ley procesal a través de la video registración de las audiencias, para adquirir conocimiento de lo ya acontecido y concurrir junto a sus pares al dictado de la sentencia.

En este sentido este Cuerpo ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local, especialmente mediante la sanción y posterior implementación de la N° 9.040, se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal.

En esa línea, basta con señalar que, a través de una de sus disposiciones transitorias, se prevé que «Todas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en **soporte digital**, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes» (**art. 85 de la ley 9.040**, el subrayado me pertenece).

Este cambio de paradigma resulta claro cuando se repasa la actual redacción de alguna de las normas que conforman la ley adjetiva.

De ese modo, en el segmento destinado en la ley adjetiva para establecer las disposiciones generales, específicamente al **regular las “actas”** (Libro I, título VI, capítulo 2 del C.P.P.) se conmina al juez a obrar de esta manera.

En tal sentido, se dispone que «[s]iempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por **video grabación** con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho **registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella**» (**art. 147 primer párrafo del C.P.P., modificado por ley N° 9.040**).

Por lo tanto, y en cuanto tiene que ver con la actividad procesal destinada a dejar constancia de lo sucedido en el marco de un proceso penal ante un funcionario judicial, la regla actual es la **digitalización de las audiencias orales** como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella.

Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual. Estas modificaciones introducidas a la justicia penal mediante la sanción y posterior implementación de la N° 9.040, como ya lo afirmé se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal y que también tiene impacto en el ámbito de los recursos ordinarios y extraordinarios interpuestos antes los respectivos órganos competentes, son precisamente aquellos registros los que habilitan la revisión recursiva que eventualmente las partes peticionan.

El registro de audiencias **video grabadas** permite al Juez tener la posibilidad de revivir la impresión personal que ha dejado un testigo respecto a la veracidad con la que se conduce en su declaración y su idoneidad, elementos trascendentales en la convicción del juez al momento de resolver.

En este marco, la **resolución N° 49, implementación Ley 9040**; que dispuso que se continúe realizando los tipos de audiencias descritas en la resolución N° 48 por videoconferencia como regla general y en la medida de lo posible.

Sin duda, que en el caso concreto, la virtualidad y el sistema de video registración ha permitido el afianzamiento de la oralidad en el marco de la Ley 9040.

Finalmente, no se puede soslayar el contexto de **emergencia sanitaria de la República Argentina establecida por ley N° 27.541 y, que posteriormente se amplió por el Decreto de necesidad y urgencia N° 260/2020** por el plazo de un año, en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada pandemia por la OMS en fecha 11 de marzo del 2020. En ese marco, esta Suprema Corte de Justicia ha adoptado medidas de prevención y adaptación de diversa índole (v. Resoluciones de Presidencia N° 37.289, 37.293, 37.289 y Acordadas N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.510, 29.511, 29.514, 29.516 y 29.517, entre otras).

En particular la **Acordada N° 29.530 y el protocolo relativo a las audiencias orales.**

Reedición de planteos efectuados en el debate sin refutación de argumentos del Tribunal

En resumidas cuentas y por las razones hasta aquí expuestas, voto por el rechazo del recurso interpuesto, destacando a la vez que el planteo constituye una reedición de lo planteado durante el debate y los cuestionamientos resultan idénticos sin que la defensora refute los argumentos en virtud de los cuales el tribunal rechazó la petición oportunamente formulada, falencia que conduce al rechazo conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala en los supuestos en los que el defensor se limita a **reiterar en el recurso lo expresado durante el debate sin rebatir las razones en virtud de las cuales el a quo rechazó sus peticiones (ver “Mallón Baca”; “ Díaz Bustos; “Gómez Claudio”; “Rodríguez Chambi”; “Agüero Silva”, entre otros).**

La sanción procesal de nulidad

En este punto, entiendo pertinente recordar el criterio de esta Sala, que sostiene que **la sanción procesal de nulidad no constituye un fin en sí mismo**, sino que tiene por objeto preservar todas las garantías constitucionales, motivo por el cual, debe primar un criterio de **interpretación restrictiva** y sólo cabe pronunciarse por la anulación cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (Brizuela Garro; Lorente L. Alberto).

Asimismo, ha dicho este Cuerpo que «[...]las nulidades **no pueden ser declaradas en el solo beneficio de la ley [...]**» y que «[...] declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal.

Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas **provenga un concreto agravio a los derechos de las partes [...]**» (v. Rojas Cabezas y Ramírez Terán).

En similar sentido, se dijo que «[N]uestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés» (Lorente).

Por último, resta formular una observación en relación a la resolución N° 26 /19 “Implementación Ley 9040” que regula la intervención de los jueces en la causa N° 77 caratulada “Incidente administrativo en autos P118.324/16 F. c/ **Corradi Solimani y otros** p/ abuso sexual agravado c/ acceso carnal en concurso...”

En primer lugar resulta relevante destacar que la resolución mencionada suscripta por el **Dr. Valerio como Ministro Coordinador del Fuero Penal (art. 18 Ley 9040 y Acordadas N° 28651 y N°29006) fue dictada el 7/08/2019**, expresamente en el marco específico de la causa N° P-118324/16 y la Acordada N° 26844 por la que se adhiere al Protocolo sobre acceso a la justicia para las **personas con discapacidad**. Este marco

de referencia, me permite resaltar que la resolución que invoca la defensa para sustentar su reclamo **no guarda relación con el planteo formulado en el caso concreto, toda vez que la resolución N° 26**, es una reglamentación específica para la mejor administración de justicia circunscripta específicamente al objeto para el cual fue reglamentada.

En prueba de lo afirmado reseño las especiales características de la causa principal, que no pueden ser obviadas, esto es la evidente complejidad de la causa, la extensión de las actuaciones, la numerosa cantidad de víctimas y las implicancias procesales ineludibles que supone la condición de discapacidad que las mismas atraviesan, la necesaria intervención de intérpretes para la realización de diversos actos procesales y el impacto inevitable en los actos de debate.

Por último la **resolución N° 26** dispone expresamente que «estas razones resultan suficientes y necesarias para que, con carácter excepcional y **sólo en relación al expediente N° 118.324/16**» se hayan dispuesto las medidas adicionales dadas las características reseñadas precedentemente.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto de Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 611/617 vta., por la defensa oficial de D. C. A..
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

14- BISCONTIN TOBARES. 17-05-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo letra “b” y 55 CP. Art. 26, 48 y 148 Constitución de Mendoza. Art. 72 incs. 1° y 11° 2, 476, inc. 2 y 477 del CPP. Art. 8 inc. 1° de la CADH. PIDCyP. CDN. Convención Belém do Pará. Leyes 26485; 27489 y Acordada 29318.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Absolución. Doble enjuiciamiento. Principio ne bis in ídem. Plazo razonable.

Summa:

El **TPC** dictó la sentencia N° 749, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces (arts. 119 párr. 2 en función del párr. 4 letra “b” y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de inconstitucionalidad (Arts. 476, inc. 2 y 477 del CPP) y de casación contra la Sentencia N° 749.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados los recursos promovidos.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de inconstitucionalidad y de casación interpuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 749, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Delaguarda Torres.
- Tur Pizarro. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=74>
- Rosales Hegler. 26-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180626_FcRHN.pdf
- Ahumada Núñez.

b-CSJN

- Sandoval. 31-08-10:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6884181&cache=1673786323782>

- Kang. 27-12-11:
- <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=124362&cache=1673787306194>
- Polak. 15-10-98:
- <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=7009>
- Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416; 285:322; 315:923; 315:923; 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424

c-CIDH

- Caso Mohamed vs. Argentina. 23-11-12:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233
- Suarez Rosero v. Ecuador. 12-11-97:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315
- Bulacio v. Argentina. 18-09-03:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=285
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

BOBBIO, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989

Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18;

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18;

Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20

SCJM. Dr. **Valerio**. Dra. Day. Dr. Garay.

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-04879723-1/1((018602-22570)) FC/ B. T. S. D. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (22570) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104963924*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04879723-1/1 caratulada «**F. C/B. T., S. D. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE VECES EN CONCURSO IDEAL CON CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADA POR SER LA VÍCTIMA MENOR DE TRECE AÑOS Y POR EL VÍNCULO S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN**».

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

A fs. 1168/1195 vta. el defensor del acusado S. D. B. T. interpone recurso de inconstitucionalidad y de casación contra la sentencia N° 749 de fecha 9 de setiembre de 2019 (fs. 1145/1146) y sus fundamentos (fs. 1147/1165), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces (arts. 119 párr. 2 en función del párr. 4 letra “b” y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en colegio en el marco de los autos N° P-22.570/09.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado rechazó los planteos de nulidad e inconstitucionalidad incoados por la defensa técnica del acusado como cuestión de previo y especial pronunciamiento, en orden a la violación de las garantías procesales vinculadas con la prohibición de **doble enjuiciamiento y, también, a ser juzgado en un plazo razonable** (ver acta de debate, fs. 1098/1099).

Según se desprende de los fundamentos que acompañan el fallo en revisión, el tribunal a quo descartó la **inconstitucionalidad y la inconventionalidad de las normas** procesales locales mediante las cuales se les reconocen facultades recursivas al Ministerio Público Fiscal y a la parte querellante –**arts. 476 y 477 del CPP**– que fuera promovida por el letrado defensor.

Para resolver de ese modo, luego de citar diversos pronunciamientos emitidos por este Cuerpo en los que se analizó la temática en cuestión (“**Delaguarda Torres**”, “**Rosales Hegler**”, “**Ahumada Núñez**” y “**Tur**

Pizarro”), consideró que «[e]n la presente causa no es posible verificar una vulneración al **principio del ne bis in idem** por cuanto la realización de este juicio ha sido consecuencia de lo ordenado por la Suprema Corte de Justicia, que hizo lugar a los recursos interpuesto por el acusador público y privado contra la sentencia absolutoria dictada por la Cámara Primera en lo Criminal, disponiendo su **anulación y el reenvío a otro Tribunal** a los fines de su realización» (ver fundamentos, fs. 1149 vta.).

Seguidamente, en cuanto tiene que ver con la pretendida vulneración del derecho del acusado de ser juzgado en un plazo razonable, el tribunal de la instancia anterior coincidió con la defensa en cuanto a que la tramitación de los presentes obrados ha insumido un **tiempo excesivo**.

Sin perjuicio de lo cual, estimó que esa situación «[n]o implica[ba] un obstáculo a la realización del juicio» , desde que –por el tipo de delito y la penalidad prevista en abstracto por la figura en cuestión– «[l]a **acción penal se encuentra plenamente vigente**» (ver fundamentos, fs. 1149 vta.).

Argumento al que añadió que, por tratarse de un **delito contra la integridad sexual cometido en perjuicio de una niña**, «[a]dquieren vigencia compromisos internacionales asumidos por el Estado en orden a su **investigación y juzgamiento**» por lo que «[t]eniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de violencia de género, una vez anulada la sentencia absolutoria por el Máximo Tribunal de la provincia -resolución que, a su vez, adquirió estabilidad al rechazarse el recurso extraordinario federal interpuesto-, la no realización del juicio oral en la presente causa, podría presentarse como un acto jurisdiccional violatorio de los compromisos descriptos, sometiendo a nuestro país a un riesgo de sanción frente a los organismos internacionales» (ver fundamentos, fs. 1150).

Ahora bien, superados de ese modo esos dos cuestionamientos, el tribunal de sentencia entendió que, respecto de la materialidad de los hechos y la autoría del acusado, las pruebas producidas e incorporadas a la causa permitían tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, las circunstancias fácticas contenidas en la acusación fiscal, esto es, «[q]ue sin poder precisar día y hora, pero entre los meses de marzo de 2008 y febrero de 2009, el imputado S. B., padre de M. J. B., nacida el... de 2005, realizó tocamientos en la vagina y la cola mientras ésta se encontraba en la casa del encartado ubicada en calle... de Maipú, Mendoza. Asimismo, encontrándose la menor en una de las habitaciones de dicho domicilio, el imputado observaba películas pornográficas y eyaculaba en el rostro de su hija menor, J.B.» (ver fundamentos, fs. 1160 vta.).

Para entender que la plataforma descrita se encontraba corroborada, el tribunal sentenciante **valoró principalmente el testimonio de la menor víctima prestado en Cámara Gesell**, cuya credibilidad respaldó a través de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios.

En particular, la pieza cuestionada repara en el resultado del examen psicológico realizado a la menor por el Dr. Habiján y por el Lic. Francisco Izura del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, así como en las declaraciones de este último en el debate oral; la declaración testimonial de M. R. R. M., quien declaró durante el debate en su calidad de denunciante y progenitora de la víctima; el testimonio prestado durante la etapa de la investigación penal preparatoria por J. M. G. – abuela de la menor–, que fuera incorporado por lectura dado que había fallecido de manera previa al debate.

El cuadro probatorio cargoso se integró, además, con los testimonios en debate del Dr. Luis S. –médico que atendió a la víctima en la guardia del Hospital Español–; de R. G. –directora y psicopedagoga del jardín maternal al que asistía la víctima–; de M. B. J. L. –profesora de patinaje artístico de la escuela de verano a

la que asistía la víctima–, de la Dra. Stella Maris Mathus del Cuerpo Médico Forense –sobre el examen psicológico realizado al imputado–; y, por último, de la Dra. A. D. –psiquiatra particular de la víctima–.

Ello, además de los restantes elementos de juicio agregados a la causa, entre los que se destacan los informes psicológicos y psiquiátricos producidos e incorporados al debate como prueba instrumental.

A partir de ese plexo probatorio, el tribunal a quo le restó peso convictivo a la versión dada durante el juicio por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material, al estimar que no constituía una hipótesis alternativa plausible que configure una situación o estado intelectual de duda razonable respecto de la existencia de los hechos.

2.- Recursos formulados

A fs. 1168/1195 vta. se presenta el defensor técnico del imputado S. D. B. T. y formula los siguientes planteos.

En primer lugar, **recusa a los Dres. Jorge Nanclares, Mario Adaro y Omar Palermo**, por entender que los nombrados se encuentran incurso en la causal del **art. 72 incs. 1 y 11 del CPP**.

En abono a su pretensión, resalta que las intervenciones anteriores de esos magistrados en los presentes obrados, materializada en la sentencia que anuló el fallo absolutorio y ordenó el reenvío que diera lugar al pronunciamiento aquí impugnado, como así también, en la resolución que denegó la concesión del recurso extraordinario federal interpuesto contra aquella, atentan contra la garantía del acusado de contar con un tribunal imparcial y objetivo (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN).

En segundo lugar, el letrado defensor plantea **recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia condenatoria del acusado** por entender que adolece de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En ese marco, señala que la resolución adoptada por el tribunal de la instancia anterior, en cuanto rechaza los planteos de nulidad e inconstitucionalidad incoados como cuestión preliminar al inicio del debate, resulta errónea e insuficientemente fundada.

*La defensa estima que se ha soslayado por completo la **garantía del non bis in idem***

Concretamente, cuestiona que la pieza atacada ha soslayado por completo la **garantía del non bis in idem** prevista en el **art. 26** de la Constitución de la provincia de Mendoza, además de desconocer el contenido de los **arts. 48 y 148 del mismo cuerpo normativo**.

Para fundar su argumento, refiere que no es posible realizar un segundo juicio a una persona que ya fue juzgada –y absuelta– por los mismos hechos, desde que ello resulta expresamente prohibido por la ley.

Inconstitucionalidad de los art. arts. 476, inc. 2 y 477 del CPP

Considera que la interpretación que realiza el a quo sobre la garantía que prohíbe el doble juzgamiento, determina forzosamente caer en el absurdo de que su vigencia efectiva quede supeditada a reglamentaciones defectuosas, tales como aquellas **normas procesales que facultan al Ministerio Público Fiscal y al querellante particular** a recurrir en casación las sentencias absolutorias (arts. 476, inc. 2 y 477 del CPP).

Expresa que tales disposiciones –cuya constitucionalidad es el motivo central de su cuestionamiento– son, en el lenguaje de Kelsen, «normas antinormas» al permitir que la garantía del non bis in idem pierda su efectiva vigencia.

De este modo, advierte que la facultad de la parte acusadora de recurrir las sentencias absolutorias no puede coexistir pacíficamente con aquella garantía constitucional, en cuyo caso debe prevalecer la norma de rango superior –constitucional– por sobre la de rango inferior –procesal–, debiendo esa incompatibilidad ser declarada judicialmente (**art. 48 de la Constitución de Mendoza**).

Aprecia que, si bien el argumento primario para permitir la realización de un segundo juicio estaría dado en que la **no afectación de la garantía en cuestión resulta de la anulación** de la sentencia emitida como consecuencia del primer juicio, que la priva de efectos jurídicos, negar en este caso la existencia de un doble juzgamiento sólo respondería a consideraciones formales derivadas de una ficción jurídica, por la que se considera que «algo que efectivamente existió, no existió».

Asimismo, interpreta que la ilegitimidad de la realización del segundo debate también se apoya en la intención del constituyente y del legislador de configurar la garantía del non bis in idem a favor del individuo, estableciendo a través de ella una **limitación a la potestad punitiva del Estado** a quien le confiere una sola oportunidad de juzgamiento por los mismos hechos.

Frente a ello, considera que no resulta correcto interpretar que la condición de esa limitación sea que el **primer juzgamiento resulte válido**, de modo que su anulación posterior determine que deba reputarse como que nunca hubiera tenido lugar. Pues ello representa una exégesis restrictiva sobre la garantía constitucional, que se encuentra vedada por **el art. 2 del rito penal**.

Juicio de reenvió luego de una sentencia absolutoria debe resultar inadmisibile

Señala que hay una tesis en la que diversos autores y especialmente la Corte de la Nación coinciden y es que el **juicio de reenvió luego de una sentencia absolutoria debe resultar inadmisibile** como principio general. Posteriormente, se pregunta el defensor del acusado cuándo pueden entonces recurrir en casación el órgano acusador.

Descarta que pueda hacerlo como una vía para subsanar errores cometidos por los órganos estatales en la tramitación de un proceso, desde que no puede hacerse caer el peso de los errores estatales en cabeza del sujeto cuya inocencia fue confirmada por una sentencia absolutoria.

Por lo cual, estima que la única opción eventualmente posible para revisar una sentencia absolutoria estaría dada por alguna **nulidad absoluta** que haya sido producida por actos procesales del propio imputado y que hayan ocasionado un perjuicio evidente a la parte acusadora.

Aunque advierte que esa posibilidad resulta asequible en el texto de la normativa procesal, considera que su validez lógica resulta dudosa desde que el sistema de nulidades funciona como una garantía del acusado más que como una nueva oportunidad favor del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular.

Para ello, recurre a los precedentes «**Sandoval**», «**Kang**» y «**Polak**» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, el casacionista se queja que el tribunal de mérito ha omitido considerar en su resolución, también, el derecho del acusado a ser juzgado dentro de **un plazo razonable**, así como el principio **pro homine, ambos de raigambre constitucional y convencional**.

En tercer lugar, el recurrente promueve recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada **adolece de vicios in iudicando por errónea aplicación de la ley sustantiva**, comprendiendo ésta el derecho procesal constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho procesal, y vicios in procedendo por inobservancia de las normas que el rito penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Al respecto, sostiene que el tribunal de juicio ha realizado un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de la base fáctica y su relación con la imputación penal en mérito a las pruebas colectadas en autos, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional. Vicio que se observa tanto desde un punto de vista formal como sustancial, refiriéndose en el primer caso a lo que hace a las estructuras constitucionales y las de los tratados internacionales con la misma jerarquía que fueron dejadas de lado en la sentencia y, por otro lado, la distonía entre las normas que informan el juicio justo, el debido proceso legal, el juicio previo y la igualdad ante la ley.

Con relación a la **violación del derecho procesal**, indica que la sentencia debería ser fulminada con la nulidad absoluta por carecer de fundamento como lo exigen los arts. 155 y 411 incs. 2 y 3 del CPP., impactando ello sobre el art. 198 inc. 2 y 3, 416 y 409 del mismo cuerpo normativo.

Además, sostiene el recurrente que la sentencia cuestionada ha impedido, conforme los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de ser oído por un tribunal independiente e imparcial, y ha negado el acceso a la justicia.

Refiere que los agravios principales se vinculan con la arbitrariedad e inmotivación de la sentencia con relación a la producción de las pruebas, las cuales entiende que han sido tergiversadas en ciertos aspectos, omitidas en otros, y, en definitiva, valoradas en contra de los intereses del acusado.

Critica que el tribunal de juicio ha construido la condena sobre la base de prueba ilegal y de testimonios contradictorios, tales como las manifestaciones de R. E. G. y M. B. J., de los Dres. S., C. y D., y del Lic. Francisco Izura y de la Lic. Stella Maris Mathus. Hace hincapié en que el a quo ha omitido considerar las falaces narraciones de M. R. R. y de J. M., cuyos relatos los tilda de engañosos, cargados de subjetivismo en contra del acusado.

A lo que agrega que existen en autos elementos de prueba que desacreditan sus dichos, y que no han sido debidamente ponderados. En función de lo expuesto, solicita se anule la sentencia impugnada, desde que estima que el tribunal de juicio ha realizado una errónea valoración de los elementos probatorios existentes, provocando falaces conclusiones en relación a la conducta que se le atribuye al acusado, además de omitir valorar prueba decisiva en tanto desacredita que haya existido de parte de aquel la acción típica que requieren las figuras penales que se le atribuyen.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

En oportunidad de contestar la vista que de los recursos se le confirió, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que deben ser sustancialmente rechazados (fs. 1210/1213 vta.).

En cuanto tiene que ver con el recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa técnica del imputado, a través del cual se ataca la sentencia condenatoria bajo examen a partir de controvertir la constitucionalidad de las normas procesales que regulan las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular –arts. 476 inc. 2 y 477 del CPP–, el Fiscal Adjunto considera que el **planteo resulta extemporáneo**.

Primero, porque la resolución atacada no se basa en las normas que el recurrente tacha de inconstitucionales (**art. 489 del CPP**).

Segundo, porque esas normas **sólo** podían ser objeto de un planteo de inconstitucionalidad cuando los acusadores impugnaron –vía casación– la **sentencia absolutoria pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial**.

A ello agrega que este planteo ha sido resuelto anteriormente en los presentes obrados, resultando ésta una **reedición de los mismos argumentos bajo el nombre de recurso de inconstitucionalidad**.

Advierte que el recurrente esbozó el asunto al presentar el informe a los recursos de casación deducidos por la acusación pública y particular, reiterándolo al momento de interponer el recurso extraordinario federal contra la sentencia de esta Suprema Corte de Justicia que acogió esas impugnaciones y anuló la absolución de su defendido, el que –también– fuera rechazado por este Tribunal.

Indica que no existe en autos un doble juzgamiento ni vulneración de garantías constitucionales porque no se trata de la realización de otro juicio ya que, mientras no se encuentre firme la sentencia que recurre la parte acusadora, nos encontramos ante el mismo juicio en etapa recursiva.

Considera que, lo que sí se verifica, es un doble grado de conocimiento de un mismo proceso respecto de la misma persecución penal iniciada primigeniamente. Puntualiza en que **mientras la sentencia no se encuentre firme, la facultad recursiva de las partes se halla plenamente habilitada** por el principio de igualdad de armas y, además, porque **de ninguna manera puede promoverse la definitividad de una sentencia arbitraria que ha sido declarada nula**.

Aduna que si bien los tratados internacionales se refieren a que el imputado podrá pedir la revisión de la sentencia condenatoria, ello no significa que el Ministerio Fiscal o el querellante no puedan hacer lo propio con la sentencia absolutoria, porque si así fuera lo hubiesen prescripto expresamente.

Indica que, junto con la facultad recursiva del imputado, se consagra convencionalmente **la tutela efectiva de los derechos de las víctimas**, lo que significa otorgarle la facultad de recurrir tanto a la acusación pública como particular una sentencia que resulte arbitraria.

Por último, descarta la alegada violación del plazo razonable. Para ello, repara en que la definición de **acción penal válida y vigente** aprovecha a la objetivación entre diligencia y mora judicial que, a su vez, constituye el principal extremo del concepto de plazo razonable.

Con lo cual, comprobado que desde que ocurrió el hecho, hubo actividad en la causa por parte de la fiscalía, de la defensa y de los tribunales, según las distintas etapas procesales que se iban transitando,

ello impide considerar que se haya violado esa **garantía convencional prevista en el art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**.

Respecto de la presentación del recurso de casación, advierte que a pesar del profuso desarrollo doctrinario contenido en el escrito respectivo, la defensa no concreta los vicios alegados.

Más allá de ello, entiende que el agravio por el que se cuestiona la falta de valoración del tribunal de sentencia de la incorporación de prueba al debate, por el que aparentemente la defensa se refiere a la **testimonial en Cámara Gesell**, debe ser descartado desde que el tema ha sido ya tratado en la resolución de este Tribunal que anuló la sentencia de absolución del imputado, siendo este análisis uno de los motivos principales de la nulidad y el reenvió de la causa para iniciar nuevamente el juicio.

En cuanto a la **controversia sobre el análisis de la prueba testimonial**, advierte que no constituye un agravio en sí mismo sino **una discrepancia personal con la valoración e interpretación** que hizo el a quo, sin base en la plataforma probatoria de la causa.

En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación en tanto no ha existido errónea aplicación de la ley sustantiva ni violación de normas procesales que impliquen la nulidad del fallo, además de una correcta aplicación de la sana crítica racional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que se expondrán a continuación– corresponde rechazar sustancialmente las impugnaciones planteadas y, en consecuencia, confirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos. A los efectos de alcanzar una decisión debidamente fundada, principiaré por efectuar un repaso de aquellos antecedentes de la causa que estimo relevantes para dar solución al caso. Luego, analizaré el recurso de inconstitucionalidad planteado por el recurrente, y expondré los motivos por los cuales, a mi modo de ver, no resulta procedente. Finalmente, me ocuparé de desarrollar acabadamente los argumentos que me inclinan a rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. D. B. T..

a. Antecedentes del caso

En este sentido, surge de la compulsa de los presentes obrados que mediante sentencia N° 6.681 de fecha 12 de abril del año 2011, la entonces Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial (fs. 448 y vta.), con el voto mayoritario de sus miembros, absolvió al acusado del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en concurso ideal con corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años y por el vínculo. Seguidamente, el representante del Ministerio Público Fiscal como el querellante particular, interpusieron sendos recursos de casación (fs. 565/576 y 577/597 respectivamente) contra ese fallo absolutorio, entendiendo que adolecía de vicios formales y sustanciales que lo descalificaban como acto jurisdiccional válido. En razón de ello, coincidentemente solicitaron a este Cuerpo que la anulación del decisorio impugnado y que se dictara una nueva sentencia conforme al contenido del voto de la minoría del tribunal de juicio, o, en subsidio, se reenviara la causa al subrogante que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

A fs. 612/641 se presenta el defensor técnico del acusado y presenta un informe complementario solicitando se mantenga la resolución -absolutoria- de origen y se rechacen las pretensiones efectuadas

por la acusación pública y privada. Conforme se desprende de la compulsa del escrito aludido, el defensor centra sus argumentos en considerar la eventualidad de un nuevo juicio atenta contra el non bis in idem (o ne bis in idem).

Indica jurisprudencia local, nacional e internacional que, según su opinión, avala la interpretación que estima acertada respecto del contenido y los alcances del mentado instituto, pues –en su visión– niegan legitimación procesal al Ministerio Público Fiscal y al querellante particular para recurrir una sentencia absolutoria.

En base a esos antecedentes, este Cuerpo se pronunció sobre los planteos efectuados y resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de casación deducidos por el fiscal de cámara y por el querellante particular.

En consecuencia, la **sentencia absolutoria impugnada fue anulada, ordenándose el reenvío de la causa al subrogante legal** para que se realice nuevo juicio (689/704).

La sentencia emitida por este Cuerpo fue objeto de impugnación por parte de la defensa del acusado, mediante la interposición de un recurso extraordinario federal (fs. 710/725). La pretensión recursiva no fue concedida, al considerarse –entre otros argumentos– que no cumplía con las exigencias que demanda su procedencia, al no dirigirse contra una sentencia definitiva, ni haberse logrado demostrar la cuestión federal invocada (fs. 749/752 vta.).

Así las cosas, habiendo quedado firme aquella sentencia, se remitieron las actuaciones al Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial donde se realizó un nuevo debate. Inmediatamente después de la lectura de la acusación fiscal con la cual quedó abierto el debate, habiendo siendo informado el acusado de los derechos que le asistían, el defensor solicitó –como cuestión de previo y especial pronunciamiento– la nulidad del juicio a los términos de los arts. 197, 198 inc. 3, 199 ss. y cc. del CPP, por entender –nuevamente– que mediante su realización se violaba la **prohibición del doble juzgamiento**.

Petición nulificante

Petición nulificante que fue acompañada con el pedido de inconstitucionalidad de los arts. 476, inc. 2 y art. 477 del rito penal, en cuanto otorga al acusador público y privado la posibilidad de recurrir en casación una sentencia absolutoria (ver registros audiovisuales, audiencia del 01/08/19, segunda parte, a partir del minuto 00:04:20). Arribados a este estado, luego de que el representante del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante se pronunciaron por el rechazo de las incidencias planteadas, el tribunal a quo resolvió no hacer lugar a los planteos de nulidad e inconstitucionalidad efectuados por el letrado defensor (ver registros audiovisuales, audiencia del 01/08/19, tercera parte, minuto 00:00:25).

Finalmente, el tribunal de mérito emitió la sentencia condenatoria mediante la cual se condena al acusado por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces (ver fs. 1145/1146) conforme los hechos que se consideraron probados y que fueron reseñados en el punto 1 de este voto. b.

b. Recurso de inconstitucionalidad. Gravedad institucional. Ultima ratio del orden jurídico.

Como aclaración preliminar, debe destacarse que, al momento de la concesión de los recursos promovidos por la defensa, el tribunal a quo sólo se pronunció respecto de la casación formulada, concediéndola, pero no en relación al recurso de inconstitucionalidad. S

egún se observa de la simple compulsua de la causa, esa resolución (fs. 1196) no fue de ningún modo cuestionada por la defensa. Así, la ausencia de concesión de este recurso impetrado exime al Tribunal de expedirse sobre tal planteo.

Sin perjuicio de lo señalado, y más allá de la cuestión formal referida, debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones –siguiendo el criterio de la Corte Federal– que la declaración de **inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico**, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (**Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416**).

Ello en virtud de que las normas dictadas de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia.

Por ello, «solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable» (**Fallos: 285:322**), puesto que «no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados» (**Fallos: 315:923**).

Analizada según estos parámetros, del modo en que lo adelantara, diversos motivos imponen, además, la desestimación sustancial del recurso en tratamiento, de conformidad a las consideraciones que a continuación se exponen. Veamos. En efecto, la defensa sostiene que la resolución impugnada vulnera el art. 26 de la Constitución Provincial, al soslayar la garantía del non bis in idem.

De este modo, entonces, al rechazar las incidencias planteadas, el tribunal a quo habría incumplido con la manda legal que impide a los jueces aplicar normas inconstitucionales (art. 48 del mismo cuerpo legal), carácter que el recurrente le endilga a los arts. 476, inc. 2 y 477 del CPP.

Funda su queja en que, según la tesis defensiva, la garantía en cuestión, a la que le asigna raigambre constitucional, debe prevalecer por sobre la facultad del Ministerio Público Fiscal y del querellante de recurrir sentencias absolutorias, que sólo tiene apoyatura normativa en normas rituales locales, y, por tanto, de jerarquía inferior a la Constitución Nacional y Provincial.

En virtud de ello, entiende que la realización del nuevo juicio que culminó con el dictado de una sentencia condenatoria contra sus asistido, trasgrede normas constitucionales, por lo que solicita la nulidad del resolutivo en crisis.

Ahora bien, según advierto, el thema decidendum que introduce la defensa a través del denominado recurso de inconstitucionalidad se encuentra entronizado en determinar cuáles son los alcances y los límites del derecho a recurrir una sentencia ante un tribunal superior cuando –en particular– ese derecho lo ejerce el acusador público o privado ante un pronunciamiento de tipo absolutorio. Ello, a la luz de las repercusiones procesales que pueden derivarse del uso de esas prerrogativas respecto del juicio de reenvío en relación con la garantía que prohíbe la doble persecución penal.

Dicho en otras palabras, la impugnación del recurrente sobre la constitucionalidad de los arts. 476 inc. 2 y art. 477 del CPP. nos conduce a analizar la legitimación procesal para recurrir en casación un fallo absolutorio que, el ordenamiento positivo local, les reconoce al Ministerio Público Fiscal y al querellante particular, como órganos acusadores –público y privado, respectivamente–.

Ello en la medida que, el ejercicio de esa prerrogativa legal puede determinar, si el remedio procesal es acogido por el tribunal de impugnación, la revocación de una sentencia absolutoria por advertirse la presencia de vicios que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido y, especialmente, la realización de un nuevo debate por ante un tribunal subrogante –casación negativa– y el dictado de un nuevo pronunciamiento jurisdiccional conforme a derecho. Situación que, en palabras del defensor, trasuntaría en una franca violación de la garantía que prohíbe juzgar más de una vez a la misma persona por el mismo hecho, también denominada por su aforismo en latín *non bis in idem* (o *ne bis in idem*).

Como primera respuesta al conflicto jurídico que propone el recurrente, no puedo soslayar que la cuestión representa una mera reedición de una problemática que ya ha sido debidamente abordada y resuelta por este mismo Tribunal, conforme se desprende de las resoluciones adoptadas en instancias anteriores a la presente.

No obstante ello, además, tampoco es posible advertir que la impugnación formulada contenga una crítica razonada tendiente a rebatir las premisas argumentativas que sustentan la decisión en pugna que, por la adición o novación de argumentos, conmueva lo allí resuelto.

En otras palabras, aquella reedición no expone razonamientos críticos diversos a los que ya fueron exhibidos en las presentaciones defensivas previas en las que postuló su interpretación sobre las normas en juego –ver al respecto, informe complementario a los recursos de casación articulados (ver fs. 612/641), recurso extraordinario federal (ver fs. 708/725 vta.)–, es decir, sobre la constitucionalidad de las normas procesales atacadas, y que –ahora– nuevamente pretende hacer valer a través de su introducción dentro del marco que supone un recurso de inconstitucionalidad (arts. 489, ss y cc del CPP).

Según se desprende de los antecedentes del caso, la Sala Segunda de este Cuerpo –con distinta composición a la actual– admitió formalmente los recursos de casación interpuestos por el titular de la Primera Fiscalía de Cámara y por el querellante particular contra la sentencia absolutoria que benefició a S. D. B. T. (fs. 667 y vta.).

Vale aquí considerar que, al hacerlo, este Tribunal entendió que no existía controversia constitucional ni convencional entre las disposiciones procesales que les reconocían a los órganos acusadores –público y privado– legitimación para recurrir en casación una absolución. Pues, de haberlo entendido así, habría rechazado las presentaciones realizadas, con base a la **falta de impugnabilidad objetiva y subjetiva**.

Luego de ello, y tras haberse resuelto favorablemente que las presentaciones casatorias reunían los requisitos previstos en el ordenamiento procesal, acogió sustancialmente las pretensiones de los recurrentes y, en consecuencia, dispuso anular la sentencia desvinculatoria del proceso en relación al acusado, y ordenó el reenvío de la causa al subrogante legal para que se realice un nuevo debate oral.

Según el derrotero procesal previamente individualizado, no puede obviarse que al momento del dictado de la sentencia de condena que hoy es puesta bajo revisión, aquellas dos resoluciones jurisdiccionales se encuentran firmes. Carácter que se colige, por un lado, dado que la admisión formal de las casaciones aludidas no fue oportunamente cuestionada por la defensa del acusado.

Por otro, puesto que el recurso extraordinario federal intentado por el recurrente contra la sentencia que dispuso la anulación de la absolución y el reenvío que permitió la realización de un nuevo juicio, en el que –como se dijo– invocó prácticamente idénticos argumentos a los que invoca para fundar la queja constitucional bajo examen, no prosperó.

De manera tal que, como se dijo, forzoso es concluir que la cuestión relativa a la legitimidad que el ordenamiento procesal local le reconoce tanto al Ministerio Público Fiscal como al querellante particular de recurrir en casación una sentencia absolutoria, se encuentra zanjada en estos obrados. Finalmente, advierto que tampoco la impugnación formula una crítica razonada de la resolución que cuestiona, desde que los argumentos en los que la defensa basa su pretensión nulificante se desentienden absolutamente de aquellos por los cuales el tribunal de juicio resolvió la incidencia planteada.

En este sentido, este Tribunal también ha sostenido en diversas ocasiones –siguiendo nuevamente el criterio de la Corte Federal– que, dada la **gravedad institucional que significa la declaración de inconstitucionalidad** de una disposición legal, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca una adecuada fundamentación (**L.S. 285-102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos: 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424**).

En otras palabras, se precisa de parte de quien considere que una norma jurídica contradice una cláusula constitucional, que explique adecuada y suficientemente los motivos por los que entiende que la aplicación del precepto legal en cuestión conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (**Fallos: 315:923**).

De acuerdo a esos parámetros, entiendo que la presentación en examen no cumple con los requisitos mencionados, porque no ha efectuado el debido examen de la cuestión. Ello pues, si bien la defensa alega que ciertas normas dictadas según los mecanismos previstos legislativamente contrarían preceptos constitucionales, específicamente aquellas que habilitan procesalmente los recursos acusatorios contra sentencias absolutorias, lo cierto es que –como lo adelantara– en ninguno de los pasajes del escrito recursivo examina ni contrarresta debidamente el razonamiento argumental que condujo al sentenciante a rechazar el planteo de inconstitucionalidad incoado como cuestión de previo y especial pronunciamiento (ver fundamentos, fs. 1147 vta./1150 vta.).

Ahora bien, y no obstante la falta de fundamentación aludida precedentemente en la presentación recursiva, no puede soslayarse el acierto del tribunal de la instancia anterior al rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado.

Ello por cuanto, la solución aquí criticada resulta coherente con la posición que, de forma pacífica y reiterada, ha asumido este Cuerpo respecto de **la legitimación recursiva del órgano acusador** a la luz de los alcances de la **garantía del non bis in idem** (o ne bis in idem) (“**Rosales Hegler**”, “**Delaguarda Torres**”, “**Avalos Díaz**” y más recientemente, “**Ahumada Núñez**” y “**Tur Pizarro**”).

Precisamente, en este último precedente en particular, he desarrollado cuál es el criterio que he adoptado en relación a la temática en cuestión.

En sentido coincidente con la postura asumida en los antecedentes mencionados, y luego de analizar la evolución jurisprudencial de nuestra Corte Federal, la ley procesal vigente en la Provincia de Mendoza, los tratados internacionales y la concepción de Corte Interamericana de Derechos Humanos – particularmente a partir de lo resuelto en el “**Caso Mohamed vs. Argentina**”–, ratifiqué la posibilidad del órgano acusador público para impugnar sentencias absolutorias, desde que no existe pugna alguna entre las normas procesales que otorgan esa facultad y las disposiciones constitucionales y convencionales en juego.

Mientras que, además, afirmé que cuando se «[d]ecida la anulación del fallo cuestionado, disponiéndose el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio (conf. Art. 486 del CPP), no nos encontraríamos ante un caso de doble persecución penal por litispendencia, en tanto no habría sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por el efecto que provocaría la anulación del fallo», por lo que la vulneración a la garantía del non bis in idem se produce sólo «[c]uando se disponga una nueva persecución penal o la realización de un nuevo juicio, mediando sentencia absolutoria firme» (ver al respecto “**Tur Pizarro**”), extremo que, como vimos, no se verifica en el presente caso.

De tal manera, entonces, mientras la sentencia condenatoria no sea producto de la realización de un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada –caso de autos– la misma debe entenderse emitida dentro de una etapa de un mismo proceso penal.

Aspecto que impide considerar que la condena posterior a una absolución violente el derecho a no ser juzgado mas de una vez por el mismo hecho como lo entiende el defensor, desde que la anulación de esta última durante una de las etapas que comprende el debido proceso legal, precisamente, la etapa recursiva, no determina la reedición de un debate ya realizado como consecuencia de una impugnación acusatoria.

Finalmente, y relacionado con el planteo de inconstitucionalidad incoado, el casacionista agrega otro argumento para respaldar su posición.

Entiende que la posibilidad que un individuo sea juzgado por el mismo hecho en múltiples oportunidades, ante sucesivas anulaciones de sentencias absolutorias, conculcaría el derecho constitucional y convencional del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Advierto que esta posición crítica, alegada por el defensor durante el debate oral, ha sido debidamente abordada por el tribunal de la instancia anterior, quien descartó que la tramitación de la presente causa haya insumido un tiempo excesivo y que, por tanto, se haya vulnerado el mentado derecho.

Justificó esa posición a partir de considerar varias premisas: (a) el carácter del delito enrostrado al imputado, desde que se trata de un delito de acción pública que prevé una pena que oscila entre ocho y veinte años de prisión, por lo que la acción penal se encuentra plenamente vigente (art. 62 inc. 2, ss y cc del CP); (b) que se trata de un delito contra la integridad sexual cometido en perjuicio de una niña, por lo que adquieren vigencia los compromisos internacionales asumidos por el Estado en orden a su investigación y juzgamiento; y, por último, (c) el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (ver fundamentos, fs. 1149 vta/1150).

Comparto cada uno de los argumentos expuestos por el tribunal de juicio. Es que si bien no resulta ajeno a la consideración del tribunal el prolongado tiempo transcurrido desde la producción de los hechos a la fecha del presente pronunciamiento, lo cierto es que además de los motivos expuestos en la sentencia para descartar el agravio defensivo, los motivos que provocaron esa consecuencia impiden también considerar que en el sub iudice se haya violado la garantía aludida por el defensor.

Plazo razonable. Plazo no razonable.

Si bien en nuestro derecho no existen normas que resuelvan de manera expresa la cuestión, lo cierto es que, como bien lo analiza el tribunal de sentencia, entran en consideración diversos indicadores para poder determinar cuándo, en qué circunstancias, estamos en presencia de **un plazo irrazonable en la tramitación de un juicio penal** que, a modo de indicios de morosidad pasibles de ser considerados

violatorios de tal garantía. Así, el plazo de prescripción previsto para el ejercicio de la acción penal, la gravedad punitiva dispuesta en los delitos (sus penas) que son reprochados y/o investigados, la referencia de los **tiempos ordenatorios previstos en las leyes rituales** para cada etapa procesal, como asimismo los tiempos para el dictado de las resoluciones judiciales, pueden jugar como importantes guías para indagar sobre esta problemática.

Al respecto, basta aquí con señalar que el derecho a un **plazo razonable** no sólo recepta el interés de los imputados a que su situación procesal sea resuelta en un tiempo oportuno y a no ser mantenidos indefinidamente en un estado de incertidumbre –aspecto del derecho de defensa– (**Corte IDH, “Suarez Rosero v. Ecuador”, sent. del 12 de noviembre de 1997 (Fondo), párr. 70**) sino que, también, cubre el interés de las víctimas a que la justicia investigue y sancione a los responsables de sus padecimientos en un tiempo adecuado, de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos produzcan la impunidad, y con ello la frustración de su derecho a la protección judicial (**Corte IDH, “Bulacio v. Argentina”, sent. del 18 de setiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 114 y 115**).

Por ello, y de acuerdo a lo señalado, debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad de la defensa.

c. Recurso de casación

Dilucidada la cuestión constitucional planteada, corresponde ingresar en el análisis del recurso de casación promovido por el letrado defensor del imputado B. T.. En relación a los motivos de agravios en los que se sustenta la crítica bajo examen, la lectura del escrito recursivo deja al descubierto que el único cuestionamiento por el que se ataca la resolución en crisis aparece –abstractamente– dirigido a poner en crisis el razonamiento probatorio seguido por el tribunal de juicio para acreditar la materialidad de los hechos objeto del proceso y la responsabilidad penal del acusado. La temática que presenta la controversia casatoria incoada me persuade a efectuar algunas consideraciones generales vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de los procesos penales en los que –como en autos– se juzgan delitos sexuales cometidos en el ámbito intrafamiliar contra una víctima mujer que, al tiempo de los hechos, era menor de edad. Me estoy refiriendo a los casos de abuso sexual infantil (A.S.I.).

c.1.- No cabe duda de que cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se **consumen con clandestinidad, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado**. Ello pues, se trata de hechos que generalmente se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas. Además, debe señalarse que en ocasiones tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético. Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Cuando en ese escenario fáctico se adiciona que la víctima es una mujer, tal como se verifica a través de las constancias de la causa que se tienen a la vista, ello determina que el caso se enmarque dentro lo que supone la «violencia en contexto de género», lo que refuerza –como dato incontestable de la realidad– el valor sustancial que tiene el testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos –delitos contra la integridad sexual–. De allí que no existe impedimento de que tales testimonios resulten aptos y suficientes para formar criterio, máxime si los mismos aparecen como coherentes y se corroborean con pruebas que los corroboran. Precisamente el «contexto de violencia», comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así,

porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al **fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular** contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual. Sobre valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal, he tenido ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros**).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal. Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones **realizadas en «Ojeda Pérez»**, ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el **texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza)**, sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente **«Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un **método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática**, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de **los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer** resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. **«Ojeda Pérez»**–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–. En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989**) –conf. «Zurita»–.

Doble protección jurídica.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»). En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y, en particular, de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso. En este caso es aplicable el **enfoque interseccional** que emana de la jurisprudencia de la **Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154).

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o

desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en **«Zurita»**. Es conveniente destacar también que, en el precedente **«V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua»** mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155). A continuación en el mismo párrafo, subraya «la **obligación estatal reforzada de debida diligencia**» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas **«más vulnerables a violaciones de derechos humanos**, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

De acuerdo a los parámetros brevemente reseñados, entiendo que tratándose de una víctima menor de edad, constituye una regla de la experiencia común que su relato de los hechos no puede ser objeto de un **control de logicidad con la misma estrictez** que cuando se trata de una víctima mayor de edad. Ello es claramente reconocido por la psicología, que recomienda acompañar la valoración de los elementos de prueba con las conclusiones de las pericias psicológicas que se practiquen sobre la víctima. Lo anterior se encuentra, a su vez, en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la **«fiabilidad de la declaración del niño» en los procesos judiciales**, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (**conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20).**

Por otro lado, cuando las niñas o adolescentes son abusadas sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los

riesgos ni de reaccionar ante los mismos, **por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.**

Según entiendo, cuando se trata de comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación familiar o de cercanía, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba. Lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley **27.499**, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada N° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

Según entiendo, la trascendencia de **la ley 26.485 radica** no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que, mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar contextualmente los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso, desde que –en casos como el aquí analizado–, al tiempo de valorarse la prueba obrante en el proceso deben considerarse aquellas normas locales e internacionales dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

c.2.- En lo que respecta al caso bajo análisis, es inobjetable que el recuso intentado por el defensor del acusado **carece de una adecuada fundamentación** respecto de los motivos concretos en los que sustenta su queja casatoria.

Ello por cuanto, si bien abunda en citas y contenidos doctrinarios para sustentar la pretensión nulificante, poco dice o argumenta –concretamente– acerca de cuáles serían los errores o vicios en los que incurre la

sentencia que determinan el carácter arbitrario e inmotivado del fallo en crisis, y que –desde su perspectiva– determinan su descalificación como acto jurisdiccional válido. No obstante ello, haciendo un esfuerzo por interpretar el contenido material de la censura que permita a este Cuerpo desarrollar en esta instancia extraordinaria su máxima capacidad revisora, de acuerdo a la garantía de doble instancia incorporada al texto constitucional a partir de su reconocimiento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 8.2.h– y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 14.5–, es posible advertir que el recurrente cuestiona el nivel de certeza positiva alcanzado en la sentencia respecto de los extremos de la imputación delictiva, invocando –abstractamente– errores del tribunal de juicio en la valoración de la prueba testimonial que integra el plexo que acompaña la causa. Para ello, luego de mencionar e individualizar nominativamente los testigos que declararon durante la investigación penal preparatoria y en el debate (ver fs. 1192 vta., tercer párrafo), el letrado defensor se contenta sólo con cuestionar el valor probatorio –cargoso– que la sentencia le reconoce a los dichos de M. R. R. M. y J. M. –progenitora y abuela de la víctima de autos, respectivamente–. Así, aduce que tales testimonios no pueden ser considerados como creíbles pues se trata de «[r]elatos engañosos, cargados de un subjetivismo por demás elevado en perjuicio de mi pupilo», que presentan «[g]roseros errores» que han sido soslayados por el tribunal de sentencia (ver recurso, fs. 1193).

Sin embargo, más allá de las deficiencias apuntadas precedentemente en cuanto a la argumentación impugnativa, corresponde expresar que la resolución impugnada no adolece de los vicios denunciados por la defensa del acusado desde que, según entiendo, la motivación del fallo condenatorio cuestionado resulta suficiente para mantener la sentencia en revisión como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en la especie no ocurre, desde que la misma es expresa, clara, completa y lógica (**L.S. 344-170, 349-14, entre otros**).

Inversamente a lo argüido por la defensa, considero que los magistrados que integraron el tribunal de la instancia anterior, conforme se desprende del voto que lidera el acuerdo alcanzado en el fallo condenatorio puesto en crisis, realizaron un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes e incorporados legalmente a la causa. Así, la sentencia detalla minuciosamente los motivos por los que considera acreditada la hipótesis acusatoria y por los cuales la versión defensiva no puede prosperar, refutando todos y cada uno de los argumentos esgrimidos tanto por S. B. T., en ejercicio de su defensa material, como los planteos efectuados por su defensa técnica en sus alegatos de clausura.

En esa labor se advierte un análisis integral, coherente y contextualizado de los elementos de prueba relevantes, especialmente del testimonio brindado por la víctima mediante el procedimiento de Cámara Gesell durante la investigación preparatoria –cuyo registro fue reproducido durante el debate– el que ha sido considerado y valorado por el tribunal de sentencia –adecuadamente, por cierto– como la principal prueba de cargo. Silogismo incriminatorio que, además, encuentra sostén en las declaraciones testimoniales rendidas a lo largo de la investigación y durante las audiencias de debate, y en los informes de los exámenes psicológicos y psiquiátricos agregados en autos, junto con las explicaciones efectuadas en juicio por los profesionales que estuvieron a cargo de su confección.

A lo cual se suma que, con los argumentos esgrimidos, nuevamente el recurrente no se hace cargo de los claros razonamientos efectuados por el tribunal a quo respecto del mérito probatorio alcanzado para tener por acreditados los hechos investigados y la autoría que le cupo al acusado en los mismos. Sino que sólo se contenta con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio valorado en autos, sin efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio.

A mi modo de ver, el entrelazado probatorio analizado por el tribunal a quo guarda una ajustada razonabilidad de cómo ocurrieron los hechos y en las circunstancias de su realización. Es que no puede soslayarse –como sí lo hace el recurrente– que la menor M.J.B., en el marco de la entrevista realizada en Cámara Gesell, encontrándose en un espacio de diálogo, no hizo más que reflejar y describir con claridad los acometimientos sexuales de los que resultó víctima de parte de su progenitor en el interior del domicilio en el que ambos convivían. Según se desprende del desgrabado de esa entrevista, que a la postre resultó ser la pieza angular desde donde la **sentencia construye el silogismo incriminatorio que concluyó en el pronunciamiento condenatorio impugnado**, el acusado no solamente abusó sexualmente de su hija –víctima– mediante tocamientos inverecundos sobre zonas pudendas de su cuerpo –cola y vagina–, sino que, además, los acometimientos sexuales también incluyeron la visualización de material pornográfico, la masturbación del incuso frente a la menor y, por último, la eyaculación sobre su rostro. En este sentido, conviene señalar que, en esa oportunidad, la víctima declaró que «el S.» le tocaba la cola, la «de adelante» y «la de atrás», que esos hechos ocurrían en la casa de su familia, a la que calificó como «muy mala», y más precisamente en la habitación «de la L.».

Luego, precisó que S. «me tocaba la cola con este dedito (mostrando el dedo meñique) y se olía». A ello agregó que «se hacía pichí», y mostró con su mano izquierda el movimiento con el que lo hacía –hacia arriba y abajo en forma reiterativa–. Afirmó que le tiraba «el pichí» en su cara, y que ese líquido «era blanco y chiquitito [...] calentito».

Por otro lado, señaló que su padre le decía que no dijera nada a nadie porque sino «no hay más postrecito». Preguntada por el profesional, dijo que esa situación se reiteró «varias veces», pero que sólo algunas le tiraba el líquido en su cara, y que en esos casos se limpiaba con la sábana. En esa entrevista, afirmó que «el S.» era su padre (Cámara Gesell producida a fs. 53, cuyo desgrabado obra a fs. 57/62).

Dada la contundencia de ese relato, llama la atención que, en ninguno de los tramos de su impugnación, el defensor haya realizado una valoración crítica sobre el contenido de aquella declaración que permita, siquiera mínimamente, rebatir, contrarrestar o refutar los argumentos brindados en la sentencia para sustentar el grado de veracidad que –adecuadamente– se le reconoce y, de esa manera, procurar revertir las conclusiones alcanzadas a partir de ella en la pieza atacada. Sin perjuicio de ello, estimo que la conclusión alcanzada por el tribunal de juicio al calificar el relato de la menor como creíble y veraz, resulta enteramente acertada puesto que, a la impresión que tuvo el sentenciante acerca de la «**claridad, espontaneidad, coherencia y precisión**» con la que víctima describió los acontecimientos durante la entrevista en Cámara Gesell (fs. 1155), se adiciona la corroboración de sus dichos mediante «[...] otros elementos directos, indirectos y objetivos que constituyen corroboraciones periféricas de su testimonio» (fs. 1156).

En esa línea se inscriben en la sentencian los testimonios de M. R. R. M. –progenitora de la víctima y denunciante de autos– y de J. M. G. –abuela de la víctima, cuya declaración prestada en la instrucción fue incorporada por lectura al debate–.

En este punto, y siendo el único aspecto controvertido por el recurrente, no puedo sino compartir con el tribunal de juicio el análisis y el sentido cargoso que se le confiere a ambas declaraciones desde que, además de no presentar ninguna de las características que le asigna el defensor para intentar restarle peso convictivo a sus dichos, se presentan como elementos periféricos que corroboran la credibilidad del relato de la víctima en Cámara Gesell.

Asimismo, acierta el a quo cuando, en el mismo sentido de valoración, incluye el testimonio de M. B. J. L., quien se desempeñara como profesora de la escuela de verano «El Solar» a la que concurría víctima. La testigo, junto con la madre y la abuela de la menor, presencié el develamiento de los hechos, aportando datos que coinciden, tal como señaló el tribunal de la instancia previa, «[n]o solo las circunstancias fácticas principales señaladas posteriormente, sino también respecto de contextos y demás detalles a los que hizo referencia la niña en oportunidad de declarar en Cámara Gesell» (ver fundamentos, fs. 1158 vta.).

Aspecto omitido llanamente por el recurrente. En virtud de ello, y teniendo en cuenta que la crítica que se formula en torno a las valoraciones de aquellas declaraciones no resulta conducente para conmovir la solución condenatoria, el único agravio formal presentado debe ser descartado sin mayores consideraciones.

Ahora bien, más allá de lo apuntado precedentemente, no puede obviarse que la veracidad de los dichos de la menor se corrobora –también– con otros elementos probatorios independientes. En este sentido, y de acuerdo a los lineamientos señalados precedentemente en materia de abuso sexual infantil intrafamiliar, un lugar especial encuentra el resultado del examen psicológico que le fuera practicado a la niña por profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario obrante a fs. 42/43, cuyo informe fuera incorporado al debate (ver constancia de realización del debate, fs. 1143).

El peso convictivo de esa pieza también resulta indubitable desde que, como bien lo destaca la sentencia cuestionada, de ella se desprende que M.J.B. se expresa con «**[l]enguaje claro, espontáneo y acorde a su edad**. Refiere tocamientos en la zona genital (cola de adelante y de atrás) identificando como agresor a su progenitor, y señala claramente el espacio físico en que habría sucedido el hecho (habitación de una tía)».

También allí se descarta la presencia de contradicciones o de «[i]ndicadores de fabulación o de influencia externa por parte de personas de su entorno». Y se concluye en que el relato de los hechos por M.J.B. resulta «[c]onfiable y que la niña presenta indicadores de haber sido expuesta a una experiencia de contenido sexual [...]». (ver fundamentos, fs. 1156).

Se advierte que la ponderación de ese elemento probatorio aparece adunada en la sentencia junto con el testimonio prestado en debate por el Lic. Francisco Izura quien no sólo mantuvo entrevistas privadas con la niña en los primeros momentos del proceso, y realizó, junto con el Dr. Habiján, el examen psicológico de cuya realización da cuenta el informe referido –fs. 42/43–. Sino que, además, también intervino en realización de la Cámara Gesell (ver registro audiovisual, audiencia de 02/08/19, a partir de la hora 01:04:40).

Al prestar declaración, el referido profesional no solo ratificó el contenido del informe elaborado (ver la audiencia antes reseñada en la hora 01:05:44), sino que, además, se explayó en su declaración al indicar la presencia de indicadores de confiabilidad en el relato de la víctima, derivados de la precisión con la menor –de cuatro años de edad– describió los tocamientos (01:06:43), indicó el lugar en se cometieron –

habitación de una de las tías en la que había un televisor en el que el inculpo le hacía ver películas «cochinas»– (01:06:58), y señaló a su padre como autor de los mismos (01:07:24).

Además mencionó que le había impactado «[...] la seña (haciendo gestos de masturbación masculina) que hace ella (por la víctima) cuando dice que el papá agarraba el tubito, su tubito, y le echaba pichí caliente y blanco en la cara» (01:08:17), y sostuvo que la mención de la menor de que «[...] su papá le tocaba la cola y [luego] se olía» constituía un indicio de espontaneidad (01:08:55).

Para finalmente descartar la presencia de señales que revelaran la existencia de un relato producto de la fabulación de la niña o de la influencia de terceras personas (01:09:55, y luego, 01:12:35). La solidez probatoria en la que se sustenta el nivel de certeza alcanzado en la sentencia sobre la existencia de los acometimientos sexuales por parte del acusado se corrobora en el razonamiento del tribunal, también, con la valoración de los restantes testimonios obrantes en la causa, entre ellos, las declaraciones de R. G. –directora del jardín maternal al que asistía la víctima–, A. D. –primera psicóloga que atendió a la niña luego de acaecidos los hechos investigados– y el Dr. Luis S..

Todos los cuales, según el modo en que tomaron conocimiento indirecto de los sucesos investigados, aportaron ciertos elementos que le permitieron al a quo corroborar la credibilidad de los dichos de la niña (ver fundamentos, fs. 1158/1159).

Finalmente, no puede soslayarse que el tribunal de la instancia anterior dio fundadas razones de por qué no consideró creíble la versión de descargo dada por el acusado en debate en ejercicio de su derecho de defensa material.

No resulta incompatible que el sentenciante haya afirmado que su versión de los hechos «[...] no resulta suficiente en orden a construir una hipótesis alternativa plausible que configure una situación o estado intelectual de duda razonable respecto de la existencia de los hechos» (ver fundamentos, fs. 1159 vta.) desde que se verifica en esta instancia recursiva que ninguno de los argumentos utilizados por B. T. para respaldar la negación de su responsabilidad en las conductas enrostradas, encuentra sustento probatorio en las constancias comprobadas de la causa. Nótese que ni siquiera el recurrente insiste de modo alguno con esa versión, ni tampoco aporta en esta instancia algún elemento que permita dotar de cierta consistencia a la hipótesis alegada durante el debate por su defendido sobre que los hechos no existieron, que todo se trató de una denuncia «armada» por la progenitora de la niña o, por último, que el autor de los mismos fue el abuelo de su hija a quien ella llamaba «papá».

Así, el sentenciante entendió que, conforme a la contundencia de los elementos de prueba analizados, es «[p]osible refutar por completo sus afirmaciones o, mejor dicho, sus negaciones» desde que «[c]uando a M.J.B. se le pregunta, en Cámara Gesell, quién es S. responde en forma categórica: “...es mi padre”. Es decir, en ningún momento la niña confunde al autor de los tocamientos, señalando en forma categórica y concluyente a S., su progenitor» (ver fundamentos, fs. 1159 vta.).

A ello se aduna que, según quedó reflejado anteriormente, también quedó adecuadamente descartada la existencia de un relato de la niña con indicadores de influencia externa. En definitiva, el agravio en cuestión no trasciende de ser una mera discrepancia respecto del razonamiento probatorio seguido por el tribunal de sentenciante para tener por acreditados, de acuerdo al grado de certeza positiva requerido para el dictado de un fallo condenatorio, los hechos y la autoría que le cupo al encausado en ellos.

Silogismo que constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En función de ello, no verificándose los defectos formales denunciados y advirtiéndose una adecuada, integral y contextualizada tarea de valoración, los agravios fundados en la ponderación de los elementos de prueba incorporados como en la fundamentación de la sentencia deben ser rechazados en esta instancia.

d. Conclusión

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Fiscal Adjunto en lo Penal, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto. Dra. Day y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, la DRA. M. TERESA DAY y el DR. DALMIRO GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, la DRA. M. TERESA DAY y el DR. DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

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

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, la DRA. M. TERESA DAY y el DR. DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de inconstitucionalidad y de casación interpuestos a fs. 1168/1195 vta. de estos obrados por la defensa de S. D. B. T. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 749, dictada por Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. DALMIRO GARAY CUELI Ministro

15- GOMEZ AYALA. 17-05-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Vinc			PCE					CR					
VG	Conv	NNA	-	IA	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>

Lex: Arts. 119, 3° párrafo, 119, 2° párrafo, art. 55, art. 42, art. 54 y art. 125, 2° y 3° párrafo, 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo, inc. b y f del CP. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal EGT. CI. Corrupción de menores. Víctima menor de 13 años.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **trece años de prisión e inhabilitación absoluta** por el mismo tiempo de la condena, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable de abuso sexual con acceso carnal en concurso real (dos hechos), en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, todo en concurso ideal con corrupción de menores agravada por tratarse de una víctima menor de trece años y por haber mediado violencia y amenazas, en concurso real con los delitos de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (dos hechos) y abuso sexual simple agravado por ser el autor encargado de la guarda.

La **defensa** interpone recurso de casación en el entendimiento que la sentencia resulta nula por presentar un déficit de fundamentación (art 416, inc. 4 del CPP) derivado de la errónea valoración del material probatorio.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1298, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf

- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- González Pringles.
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Caso González y otras v. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Doctrina citada

Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013

Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18;

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18;

Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17 CIDH

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

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-05396019-1/1((018601-24294)) FC/ GOMEZ AYALA CARLOS OMAR P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN C.R. CON ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN C.R. CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA, TODO EN C.I. CON CORRUPCION DE MENORES, AGRAVADA POR TRATARSE DE UNA VICTIMA MENOR DE TRECE AÑOS (24294) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105570647*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05396019-1/1 caratulada **“F. C/ GOMEZ AYALA, CARLOS OMAR P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA, TODO EN CONCURSO IDEAL CON CORRUPCIÓN DE MENORES, AGRAVADA POR TRATARSE DE UNA VÍCTIMA DE TRECE AÑOS S/ CASACIÓN”**.

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

A fs. 288/294 vta., el defensor del acusado Carlos Omar G Ayala interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1298 de fecha 16 de julio de 2020 (fs. 265 y vta.) y sus fundamentos (fs. 266/281), mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de **trece años de prisión e inhabilitación absoluta** por el mismo tiempo de la condena, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable de abuso sexual con acceso carnal en concurso real (dos hechos), en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, todo en concurso ideal con corrupción de menores agravada por tratarse de una víctima menor de trece años y por haber mediado violencia y amenazas, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-24294/18; en concurso real con los delitos de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (dos hechos) y abuso sexual simple agravado por ser el autor encargado de la guarda, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-24236/18 (arts. 119 tercer párrafo –dos hechos–, art. 55, art. 119 segundo párrafo, art. 55, art. 119 tercer párrafo y art. 42, art. 54 y art. 125 segundo y tercer párrafo, art. 55 y art. 119 primer párrafo en función del quinto párrafo, inc. f, dos hechos, art. 55 y art. 119 primer párrafo en función del quinto párrafo inc. b, todos del CP.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al entender que las pruebas producidas e incorporadas a la causa permitían tener por acreditado que, en la causa N° P24.236/18, los hechos sucedieron del siguiente modo: «[q]ue en fechas y horas no precisadas,

pero entre los años 2010 y 2013, Carlos Omar G Ayala abusó de su sobrina, [B.G.G.], nacida en fecha 15 de noviembre de 2001. En una ocasión, siempre en fechas y horas no determinadas, cuando la menor [B.G.G.] tenía aproximadamente nueve años, en el domicilio sito en calle N° de Las Heras, el sindicado tocó con su mano la vagina de la misma, bajándole el pantalón y la bombacha; hecho que tuvo lugar en la habitación donde G Ayala dormía junto a la víctima y demás hermanos de la misma. En otra oportunidad, poco tiempo después del primer abuso, entre los nueve y diez años de la víctima, cuando el sindicado aún convivía con su sobrina [B.G.G.] en el domicilio mencionado ut-supra, mientras todos dormían, G Ayala se sentó en la cama donde pernoctaba [B.G.G.], la destapó, le bajó la bombacha y le tocó la vagina. En una tercera oportunidad, cuando la víctima tenía doce años aproximadamente, esto es , en el año 2013, en el domicilio donde residía Carlos G Ayala, sito en el, un día domingo, fue que el sindicado llevó a sus sobrinos –[B., A. y M.]– a la casa de mención, y cuando terminaron de comer, estaban viendo televisión y Carlos llamó a [B.G.G.], la hizo sentar en su falda, le desprendió el pantalón de jeans, metió una de sus manos en la vagina de la niña y la otra en sus pechos, todo por debajo de la ropa, realizándole tocamientos» (ver fundamentos, fs. 267 y vta.).

Para así decidir, la sentenciante consideró que los acontecimientos que fueron objeto de la acusación fiscal resultaron demostrados, más allá de toda duda razonable, a partir de la **credibilidad asignada al relato de la víctima** prestado en Cámara Gesell y respaldado a través de la corroboración periférica de sus dichos mediante otros elementos probatorios.

En particular, la pieza cuestionada repara en los testimonios recogidos durante el debate de los profesionales forenses del **Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (E.De.A.A.S.) que entrevistaron a la víctima durante la investigación penal preparatoria –Lic. Fussari y Dr. Agasso–** quienes, a su vez, elaboraron el informe con los resultados del examen psíquico respectivo (fs. 116/117).

Cuadro probatorio que se completa en la sentencia con las testimoniales prestadas en juicio por ambos progenitores de la niña –E A P P y J D G–, con la partida de nacimiento (fs. 66) y con los demás elementos de juicio debidamente incorporados.

A partir de ese entramado probatorio, el tribunal a quo le restó peso convictivo a la versión dada durante el juicio por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material (ver fundamentos, fs. 267 vta.).

En cuanto a los hechos ventilados en los autos N° P-24.294/18, la jueza a quo consideró acreditado con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] entre los años 2015 y 2017, en fechas y horas no precisadas, Carlos Omar G Ayala abusó de la integridad sexual de su sobrino, A G, en las siguientes situaciones: En una primera ocasión, siempre en fechas y horas no precisadas, estando G Ayala en la vivienda sita en y, aprovechando que el menor –que por ese entonces tenía aproximadamente 9 años de edad– se bañaba, ingresó al baño, se sacó el cinturón y le dijo al niño que le practicara sexo oral, fuera de la ducha, pero dentro del baño, por lo que introdujo su pene en la boca del menor. Mientras eso sucedía, arribó a la vivienda el padre del menor por lo que G Ayala se retiró. En una segunda oportunidad, nuevamente en el domicilio de calle, cuando A se encontraba solo dentro de la habitación de su madre, viendo televisión, el sindicado le bajó los pantalones y le practicó sexo oral al menor, introduciendo el pene del menor en su boca. En otra oportunidad, en el mismo domicilio mencionado ut-supra, cuando A tenía diez años de edad, éste se fue a acostar a su habitación y el sindicado lo obligó a que volviera a practicarle sexo oral, con un cuchillo amenazándolo que se lo iba a clavar. El último episodio fue cuando el menor tenía once años y aprovechando que su madre se había

ido, G Ayala ingresó a la pieza donde se encontraba su sobrino y le dijo que nuevamente le practicara sexo oral a cinturonzos, acto que no concretó porque a la habitación ingresó el primo del menor» (ver fundamentos, fs. 273 vta.).

Al fundar su decisión, la jueza de la instancia anterior interpretó que la existencia material de los hechos por los que se lo acusó al imputado, así como su responsabilidad en los mismos, resultaron acreditados a partir del testimonio –creíble– de la víctima en Cámara Gesell, sustentado en los restantes elementos probatorios que acompañan la causa.

Luego de señalar que los acontecimientos ventilados en estos obrados comparten material probatorio reunido en la causa principal –P-24236/18– la sentencia hace hincapié en los testimonios de los profesionales del E.De.A.A.S. que estuvieron a cargo de realizar la entrevista en la que se recogió la declaración del niño –Lic. Fussari y Dr. Agasso–, así como los dichos de ambos progenitores –E A P P y J D G–, la partida de nacimiento (fs. 67) y demás elementos de juicio debidamente incorporados. Desde allí estimó que la defensa material del encartado resultaba inverosímil desde que la prueba de cargo colectada permitía refutar todos sus dichos (ver fundamentos, fs. 273 vta./274).

2.- Recurso de casación

El defensor oficial del acusado formula recurso extraordinario de casación contra la sentencia reseñada a tenor de lo previsto en el art. 474 inc. 2 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada **adolece de vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.**

Al fundar su pretensión nulificante, el recurrente señala que los fundamentos del fallo presentan una **motivación errónea**, vicio que deriva de la inadecuada valoración de la prueba producida e incorporada al debate.

Advierte que el perjuicio para su representado consiste en que los elementos probatorios no acreditan con certeza la existencia de los hechos, por lo que no se ha logrado derribar el estado de inocencia del que goza su ahijado procesal.

Refiere que la jueza a quo da a cada afirmación de su defendido un destino para cada causa que se le atribuye, pero lo cierto es que en audiencia de debate declaró en forma única e indistinta para ambas causas a la vez, es decir que no lo hizo refiriéndose específicamente a una y luego a otra causa.

Por lo que interpreta que su declaración referida a que desde el año 2015 no convivía con sus sobrinos debe interpretarse y valorarse respecto de aquellos hechos que se le atribuyan a partir de ese año en una de las causas, precisamente en aquella en donde la víctima es su sobrino.

Señala que ese dato es independiente de que existan otros hechos atribuidos al acusado como ocurridos antes del 2015 en otra de las causas, ya que, cuando menos en la que la víctima es el sobrino, todos los hechos se suponen ocurridos a partir de 2015 en el domicilio donde residía el mismo.

Desde aquí postula la existencia de una duda razonable sobre la concreta responsabilidad de G en los hechos ocurridos en un lugar **donde él no residía, los que se corresponden con una de las causas.**

Por otra parte, expresa que la otra persona que se presenta como víctima, su sobrina, habría expresado que uno de los hechos sucedió en la casa de un amigo del acusado mientras miraban televisión.

Controvierte ese dato con la declaración del hermano del acusado –padre de los niños que se han presentado como víctimas– quien aclaró que «esa casa» del amigo no era una casa «sino una obra en construcción» y que creía que lo único que había en dicho lugar era una radio, que no había televisión.

En esa declaración sustenta otra razón de duda del relato de los menores.

Según el letrado, las contradicciones señaladas son elementales y básicas, y no permiten superar el estado de duda insalvable que debe favorecer al acusado.

En función de todo ello, solicita se case la sentencia impugnada declarando la nulidad de la misma con sus fundamentos, y se absuelva al acusado disponiéndose la libertad del mismo. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen de la Procuración General

El Procurador General subrogante, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del acusado, entiende que el recurso extraordinario de casación promovido por esa parte debe ser rechazado (fs. 302/304).

Sostiene que los fundamentos del fallo en crisis revelan que el tribunal de juicio analizó la totalidad de la prueba rendida en autos.

Destaca que en esa labor, la jueza a quo se basó en el testimonio de las dos víctimas menores de edad, explayándose en las características que presentaban los mismos, y en los motivos por los cuales ambos resultaban creíbles.

Expresa que la sentencia evalúa puntualmente la circunstancia señalada por la defensa en cuanto al lugar donde ocurrieron los hechos, aspecto que resultó corroborado por las declaraciones de ambos progenitores, por lo que debe tenerse en consideración que los sucesos que se le atribuyen respecto a la menor B G G quedaron acreditados que se sucedieron cuando todos compartían la vivienda; mientras que los hechos en los que resultó víctima el menor A G, si bien fueron en el mismo lugar, no ocurrieron cuando vivían juntos sino cuando el encartado ya se había mudado, por lo que en el segundo caso no se le imputa esa circunstancia. Advierte que las críticas de la defensa sobre la credibilidad de los dichos de la menor B, así como las vinculadas a la ocurrencia de los hechos, no encuentran asidero frente a la lectura de los fundamentos del fallo, toda vez que la juez explicó detalladamente por qué los dichos de las víctimas resultaban veraces.

Ello a partir de que considerar que sus manifestaciones cuentan con suficiente respaldo probatorio en la causa, especialmente a través de los informes de los especialistas que los entrevistaron en distintas circunstancias.

En definitiva, entiende que la pretensión defensiva no tiene ninguna apoyatura en datos objetivos ni sustento en la realidad probatoria de la causa, por lo que sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva que ha sido desestimada en la sentencia.

En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y, en consecuencia, la confirmación en esta instancia de la totalidad de la pieza impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la defensa del acusado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado, atento a las razones que serán detalladas a continuación.

Según el recurrente la resolución impugnada resulta nula por presentar un déficit de fundamentación (art 416, inc. 4 del CPP) derivado de la errónea valoración del material probatorio que acompaña la causa por parte del tribunal de la instancia anterior. Aduce que los elementos de prueba reunidos contra el acusado no son contundentes para derribar el estado de duda imperante y concluir en un juicio de certeza positiva respecto de la existencia de los hechos y la responsabilidad penal que se le atribuyó a aquél en los mismos.

De tal manera, según la tesis defensiva, la sentencia que condena a su asistido **vulneró el principio de inocencia previsto en el art. 2 del CPP**, justificando de este modo la absolución del acusado y el pedido de libertad incoado. Ahora bien, en la valoración de esos aspectos criticados de la sentencia, entiendo que la pieza en crisis cuenta con todos los requisitos necesarios para su validez pues, inversamente a lo pretendido por el impugnante, la motivación del fallo resulta suficiente para mantenerla como acto jurisdiccional válido, al no adolecer de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre muchos otros**); lo que en la especie no ocurre.

Tampoco concuerdo con la crítica que subyace al cuestionamiento defensivo acerca de la violación de las reglas de la sana crítica racional en la valoración del plexo probatorio que sustenta la decisión condenatoria aquí resistida.

Por el contrario, entiendo que la sentenciante ha puesto especial empeño en detallar, de forma prolija, ordenada y clara, cada uno de los elementos probatorios, señalando la interpretación que de ellos se deriva, sin que se observe que tal ponderación se haya llevado a cabo de forma arbitraria.

En esa línea se comprueba que el razonamiento probatorio que sustenta la decisión del a quo para juzgar suficientemente acreditados los extremos de la imputación delictiva, en los términos de la teoría del caso presentada por la acusación fiscal –solución controvertida por la defensa– se sustenta en un adecuado análisis valorativo y contextual de toda la prueba de cargo y de descargo producida e incorporada de común acuerdo al debate (ver constancia de realización de audiencia de fs. 264 vta.).

Labor en la que se verifica el cumplimiento riguroso a las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común (arts. 206 y 409 del CPP.); cuyo apartamiento, de ningún modo, el letrado ha podido demostrar. Sentado cuanto precede, estimo pertinente destacar que si bien la sentencia impugnada resuelve la situación procesal del acusado en dos causas diferentes, lo cierto es que la conexidad entre ellas resulta evidente.

Ello por cuanto, a la conexidad objetiva por identidad de sujeto activo que determinó la acumulación de ambos procesos y la realización de un único debate (art. 58 inc. 3° del CPP), se adiciona la circunstancia de que, en ambas causas, se le atribuye al acusado la comisión de ilícitos penales pertenecientes a un mismo género de comportamientos delictivos –delitos contra la integridad sexual– que aparecen perpetrados contra víctimas menores de edad que, según las constancias comprobadas de la causa, son hermanos entre sí y sobrinos respecto del acusado –hermano de su padre–.

La observación anterior comprueba el acierto del tribunal cuando identifica ese aspecto circunstancial, y luego lo proyecta en la valoración de la prueba (ver fundamentos, fs. 274), interpretando integradamente los componentes probatorios de ambos procesos y, en particular, los términos de la versión exculpatoria expresada por el acusado en ejercicio de su defensa material.

Precisamente son esas circunstancias las que descubren y visibilizan un contexto delictivo específico que, además de no haber sido marginado del razonamiento probatorio judicial, debe integrar necesariamente el análisis en esta instancia extraordinaria de revisión, esto es, de acuerdo al contexto que resulta propio a los comportamientos delictivos juzgados.

Lo expuesto justifica formular algunas –breves– consideraciones generales vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de un proceso judicial penal cuando, como en autos, se trata de comportamientos en los que confluyen aspectos modales que no pueden permanecer marginados en el desarrollo de esa tarea. Concretamente, me estoy refiriendo a los casos de abuso sexual infantil (A.S.I.).

a.- No cabe duda de que cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se consumen con **clandestinidad**, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado.

Ello pues, se trata de hechos que generalmente se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas. Además, debe señalarse que en ocasiones tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético.

Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Estos elementos son especialmente relevantes en todos los casos de delitos contra la integridad sexual, pero asumen una singular particularidad cuando se trata de ilícitos infligidos contra menores de edad, pues con ellos se transgreden los límites íntimos y personales del niño, niña o adolescente.

Suponen la imposición de comportamientos de contenido sexual por parte de una persona hacia la víctima, en un **contexto de desigualdad o asimetría de poder que puede derivar de la diferencia de edad, roles, fuerza física y/o de la capacidad de manipulación psicológica del autor de modo que el niño, niña o adolescente (NNA)** son colocados en una situación de vulnerabilidad y dependencia.

Para ello, el autor puede basarse en el empleo de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras, que, en todo caso, provocan una vulneración grave de sus derechos.

Como es sabido, el análisis en los casos de delitos sexuales se centra –generalmente– en la credibilidad de la/s víctima/s, debiendo concordarse con el resto de la prueba. Ahora bien, cuando se trata de casos de abuso sexual infantil (ASI), la aludida especificidad de este espectro de comportamientos, derivada de

la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima, impone –entre otros– el deber de adecuar las reglas sobre interpretación y valoración de los testimonios de las víctimas de acuerdo a las circunstancias.

De manera tal que los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos –Cámara Gesell– sino, además, que su valoración, en cuanto al **control de logicidad de la declaración, no puede tener la misma estrictez que cuando se trata de una víctima mayor de edad.**

En otros términos, la especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable, debe ajustarse a la condición del menor, pues serán diferentes para cada caso particular.

A modo de ejemplo, entre muchos otros factores, aquellas cualidades dependerán de la edad del niño, niña o adolescente, de su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de quien actúe como entrevistador o entrevistadora para lograr la comunicación de la víctima. También influirá si el hecho denunciado habría sido único o crónico y el tiempo transcurrido desde entonces hasta la toma de declaración (conf. **“Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013.**)

Estas diferentes posibilidades deben ser tenidas en cuenta por los operadores judiciales en general, y por los magistrados en particular. Así lo reconoce la psicología, la que además recomienda sumar a la valoración de los testimonios las conclusiones de las pericias psicológicas que se practiquen sobre la víctima. Lo anterior se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la **«fiabilidad de la declaración del niño» en los procesos judiciales**, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que, por su edad y madurez, pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. **Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20; “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008).**)

Lo apuntado precedentemente resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, ambos amparados por la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país mediante Ley N° 23.849 (1990) –y con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, art. 75, inc. 22 de la CN–, instrumento que aquellos documentos mencionados anteriormente –entre otros– toman como base.

Abusos sexuales en contextos familiares.

Por otro lado, cuando los niños, niñas o adolescentes **son abusados sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión**, desde que existe una dependencia afectiva con el autor, lo que origina precisamente el acceso a las víctimas.

Lo que genera la imposibilidad de estas últimas de percibir los riesgos y/o de reaccionar ante el agente agresor, por la asimetría de edad y, además, por el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.

En estos casos, cuando el autor del ataque sexual forma parte del círculo de personas que tienen respecto de la víctima una ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Pues, a lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Teniendo en cuenta lo anterior, el testimonio de niños, niñas y adolescentes suele ser la pieza clave en todo el proceso de intervención: para la detección y revelación, también respecto de la valoración diagnóstica de la gravedad o entidad de la propia violencia sexual y a fin de orientar la recuperación, además de constituirse en principal prueba de cargo en el proceso penal.

Por ello, y sin ánimo de agotar la cuestión –pues ello excede notablemente el marco de la presente resolución–, puede señalarse que en casos como el aquí analizado, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, es necesario considerar las normas dirigidas a la protección de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales (ver al respecto, las consideraciones realizadas en mi voto en el **precedente “Zurita”**).

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia pues es necesario respetar y propender a una compatibilización armónica –como en todo proceso judicial– entre las garantías constitucionales del acusado y los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso.

b.- En lo que respecta al caso en análisis, como se adelantó, el impugnante se agravia por considerar que la sentencia ha realizado una errónea valoración de la prueba de cargo.

Puntualmente, controvierte: **(a)** el descrédito a la versión exculpatoria ofrecida por el acusado durante el debate; **(b)** el grado de credibilidad que la sentencia le reconoce a la declaración de una de las víctimas; y **(c)** la ponderación del testimonio del padre de las víctimas.

Tal como lo anticipé, ninguno de estos cuestionamientos hace mella –según mi parecer– en la decisión de la jueza a quo.

En primer lugar, en punto a la declaración del acusado debo destacar que la defensa material que ejerció fue tomada en consideración en la sentencia impugnada, encontrándose debidamente fundada la decisión mediante la cual se le restó peso convictivo exculpatorio a sus expresiones (ver fundamentos, fs. 267 vta., fs. 273 vta./274).

En efecto, la sentenciante proyectó y **analizó el contenido de las declaraciones del acusado con las comprobadas circunstancias de tiempo y lugar** que formaron parte del sustrato fáctico de los requerimientos acusatorios fiscales.

Así, la jueza señaló que el argumento utilizado por el imputado para rechazar su responsabilidad respecto de los comportamientos delictivos que tuvieron por destinataria a la menor B G G –autos N° P-24236/18–, debía rechazarse al no condecirse con las constancias de la causa. En tal sentido, la magistrada puntualizó en que «[e]n lo que hace a las fechas en las que se le enrostra haber cometido los injustos, en la presente, la acusación formal menciona el período que va desde el año 2010 al año 2013; por ello, resulta irrelevante donde vivía en encartado en el año 2015 –al que aludió–, pues nada se le recrimina con relación al año 2015».

A ello agregó que «[p]or lo demás, el rechazo en todos los términos de los cargos que se le enrostran que formuló el encartado en el ejercicio de su defensa material, no merece ningún tipo de análisis intrínseco pues sólo se limitó a negar las acusaciones; dicho de otro modo, no hay tenor o manifestaciones que ponderar» (fs. 267 vta.).

Mientras que, en cuanto a las agresiones sexuales proferidas por el acusado contra el menor A G –autos N° P-24.294/18–, la sentencia repara en que «[l]a acusación formal no le achaca al encartado que los hechos vinculados con A desde el 2015 al 2017 se hayan producido estando conviviendo con el pequeño, en ese sentido su defensa es irrelevante, o mejor dicho, no viene al caso».

Mientras que, en cuanto al argumento referido al modo en que se bañaba la víctima –sólo o acompañado–, lo descartó al considerar que «[l]a prueba de cargo refuta sus dichos» (fs. 274).

De tal manera la premisa de este cuestionamiento, esto es, la errónea o arbitraria valoración de la versión de descargo del acusado, no puede tener acogida puesto que no se advierten falencias lógicas o argumentativas en el razonamiento de la jueza a quo.

En efecto, advierto que ha tomado en consideración el contenido íntegro de su versión, pero les ha restado crédito en vista a las pruebas objetivas y subjetivas que contradicen cada uno de sus dichos, en particular, en cuanto demuestran que ambas víctimas señalaron en sus respectivas declaraciones en Cámara Gesell al acusado como autor de las agresiones sexuales sufridas, brindando detalles del contexto témporo-espacial en que se desarrollaron, que –en su conjunto– ratifican el grado de credibilidad que se les reconoce en la sentencia. En tal sentido, corresponde señalar que la sentenciante evaluó puntualmente la circunstancia señalada por el acusado y reiterada hoy por la defensa, y precisó que los hechos que se le atribuyeron respecto de B.G.G. quedaron acreditados cuando compartían la vivienda con el encargado –sita en calle, Mendoza–, salvo aquel que tuvo lugar cuando la víctima tenía aproximadamente doce años de edad, esto es, durante el año 2013, pues se consumó en un inmueble situado en el Barrio Sismo V del mismo departamento provincial. Esos datos son extraídos, en el silogismo probatorio que sustenta la condena, de la declaración de la víctima cuando dijo que su tío –por el acusado– residía con ella en su vivienda porque se había separado de su pareja y su padre le dio lugar para vivir. Aclaró que incluso compartían habitación con G y con sus hermanos, ya que aquel dormía en un colchón en el piso (fs. 268).

Sus dichos fueron ratificados por el testimonio producido en el debate de ambos progenitores, quienes coincidieron en afirmar que, a partir del año 2008 aproximadamente, y por un período de entre tres o

cuatro años, el acusado residía en su domicilio, lo que luego se modificó porque éste fue a vivir a la casa de un amigo a pocas cuadras del hogar familiar (fs. 270 y vta.)

Asimismo, en cuanto a los acometimientos sexuales infligidos contra A.G., en los que hace foco el recurrente para reforzar el valor de su argumento exculpatorio consistente en situarse fuera del escenario de los hechos, la jueza a quo razonó que las conductas delictivas, si bien se cometieron en el domicilio de residencia familiar –sita en calle Lucio Mansilla N° 1816 del departamento de Las Heras, Mendoza–, no ocurrieron cuando vivían juntos, sino cuando el encartado ya se había mudado. Todo ese razonamiento también encuentra coherencia con el encuadre jurídico contenido en las piezas acusatorias, desde donde se demuestra que en los hechos objeto de esta última causa –N° P-24.294/18– no se le imputa, como circunstancia agravante, el aprovechamiento por el agente de la convivencia preexistente con la víctima.

Por ello, el agravio debe ser rechazado, desde que no demuestra en qué consistió el error judicial en la valoración de la defensa material ofrecida por el acusado, que permite sustentar mínimamente la duda en cuanto a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado en ambas causas. La única invocación de la falta de convivencia con A.G. a modo de inexcusable e infranqueable inconveniente material para perpetrar los ilícitos que se le atribuyen, no resiste por sí misma el menor análisis lógico pues, a la luz de las constancias comprobadas de la causa, ha quedado suficientemente demostrado que el acusado no se valió precisamente de aquella situación fáctica para aquel fin, sino precisamente de la confianza de los progenitores de la víctima y del libre acceso al domicilio en que se consumaron los atentados sexuales, así como el contacto permanente que mantenía –hasta el develamiento de los hechos– con todos sus sobrinos, entre ellos, con ambas víctimas.

La crítica defensiva, en definitiva, es una mera enunciación de disconformidad antes que como la acreditación de arbitrariedad o errónea valoración probatoria, lo cual sella su suerte adversa.

En segundo lugar, corresponde analizar el agravio vinculado a la credibilidad brindada al testimonio de la víctima B.G.G. La defensa ataca el peso convictivo asignado a su declaración en Cámara Gesell al sostener que la misma incurrió en contradicciones que resultan ostensibles a partir de los dichos de su progenitor durante el debate.

Al respecto, debo hacer dos consideraciones.

Por un lado, debo señalar que la alegada discordancia entre ambos testimonios no resulta decisiva para tener por descartar la ocurrencia de los hechos. Por otra parte, advertir que las **contradicciones** a las que refiere la defensa, fueron tomadas en consideración por la jueza. Veamos.

En cuanto a lo primero, no puede soslayarse que todos los aspectos de la declaración de la niña, mediante los que describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron lugar los mismos, han sido debidamente acreditados a través de los restantes elementos de prueba que demuestran –y ratifican– la veracidad de sus expresiones.

En relación con esto, basta con citar aquí el resultado del examen realizado por profesionales del **Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (E.De.A.A.S.)** a ambas víctimas, pues en esa pieza se puntualiza –ente otros– que «[B]risa presenta un relato espontáneo y fluido, acompañado de elevados niveles de angustia y malestar interno, mediante el cual refiere vivencias de carácter sexual que habrían tenido lugar entre sus 9 y 12 años de edad, indicando como autor de las mismas también a su tío paterno. Ambos relatos presentan detalles de contexto y situación, verbalizaciones y acciones efectuadas por el sindicado,

emociones experimentadas al momento de las vivencias e interrupciones inesperadas, configurando características que le otorgan confiabilidad a sus dichos. El indicador específico de A.S.I. hallado en el presente examen es el relato que brindan B y A, [los cuales] contienen elementos que [los] tornan [creíbles]. Asimismo, surgen **indicadores inespecíficos compatibles** con haber estado expuestos a situaciones de maltrato infantil, como las denunciadas en autos».

Finalmente, descarta la **existencia de «[i]ndicadores de influencia externa adulta** en los dichos de B [...] respecto a lo investigado» (fs. 116/117 vta.).

El contenido del mencionado informe ha sido debidamente corroborado con el testimonio de los profesionales que lo suscribieron durante el debate. Repasa la sentencia que la Lic. Fusari manifestó que «[e]n relación a B, su relato era espontáneo y fluido, que estaba angustiada en la cámara Gesell, pero que ello no le había impedido relatar circunstancias de tiempo, modo y lugar de los abusos ; que la adolescente había identificado al agresor como “Carlos” y había aclarado que era su tío [...] descartó la posibilidad de que hubiera existido fabulación y volvió a reiterar que se advirtieron indicadores de credibilidad».

Expresiones coincidentes con las vertidas en la misma oportunidad por el Dr. Agasso.

De tal manera la crítica a su credibilidad resulta inocua para el razonamiento de la jueza quien, además, así lo afirmó al asignarle fiabilidad al relato de la víctima (ver fundamentos, fs. 269 y vta.).

Respecto de lo segundo, debo señalar que la sentenciante tomó en consideración el hecho puntual de las referencias realizadas por la víctima y por su padre en cuanto a la existencia o no de un televisor en el lugar donde se produjo el último de los acometimientos sexuales del acusado contra su sobrina, al que identifica como «tercer tocamiento denunciado por la adolescente».

En efecto, surge de los fundamentos que la jueza, luego de interpretar la falta de contundencia del testigo al expresarse sobre la presencia o no de ese objeto –televisor–, concluyó en que «[a]nte el relato claro, preciso y circunstanciado que efectuó la menor, la afirmación dubitativa de su padre sobre una circunstancia prácticamente irrelevante, no puede hacer mermar la credibilidad que merecieron los dichos de la víctima; credibilidad que no sólo emergió de escucharla y verla declarar como testigo en la cámara Gesell, sino que también fue verificada y calificada por los expertos en abordajes de niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales» (fs. 272).

Comparto plenamente ese razonamiento, desde que el mismo se ajusta notoriamente a las reglas de validación de testimonios en general, y de corroboración de credibilidad de víctimas de abuso sexual infantil en particular.

Así, la veracidad asignada a los dichos de la víctima resulta de la comprobación en su relato de indicadores propios de haber sufrido abusos sexuales por parte del acusado, sumado a la falta de contradicciones sustanciales que lo desacrediten como explicación válida y real de los acontecimientos investigados.

Verosimilitud que se refuerza, según fue señalado precedentemente, con el examen psicológico practicado a la menor por especialistas y con las declaraciones vertidas por estos profesionales actuantes.

Todo lo cual permite ratificar que la sentencia en revisión, al reconocerle credibilidad a su testimonio y desde allí edificar –y atribuir– la responsabilidad penal del imputado, no luce arbitraria en este sentido. Por ello, advierto que el cuestionamiento defensivo en este punto debe ser descartados de plano, desde que no existe en autos elemento probatorio, ni ninguna explicación lógica y razonable, que permita

asignar razón a la interpretación de esta testimonial que realiza el casacionista, en el sentido de que las declaraciones del testigo J D G debieron ser interpretadas a favor del acusado, al poner en evidencia supuestas contradicciones con la víctima.

Más bien, observo que la valoración armónica e integral de sus expresiones convalidan adecuadamente el razonamiento del a quo al entender que sus dichos confirman la versión de los hechos del modo en que fueron denunciados por su hija (ver fundamentos, fs. 270 vta.).

En virtud de lo expuesto, considero que el argumento defensivo solo constituye una **mera discrepancia** con el modo en que el tribunal de la instancia anterior valoró el testimonio de una de las víctimas, que se fundan en una interpretación efectuada desde la perspectiva propia de su rol defensivo, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento.

Lo que la muestra más como una construcción argumentativa que se asienta en afirmaciones personales y fragmentarias del recurrente, huérfana de sustento en las constancias de la causa.

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por la Procuración General, y a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate con la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis. Por lo que la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G A.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a los estándares de valoración de los testimonios prestados por niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) víctimas de violencia sexual. De este modo, considero que la **situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad**, deriva en deberes específicos de protección por parte del Estado, ello en cumplimiento de los compromisos convencionales asumidos en la materia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre la necesidad de que los Estados asuman una especial posición de garante frente a esta problemática, implementando medidas de protección integrales que se encuentren determinadas por el interés superior del niño (ver, Corte IDH, «**Caso González y otras v. México**». Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16/11/09. Serie C, nro. 205, párr. 408).

Garrido Olivares. Premura de la declaración testimonial de NNyA

En este entendimiento, me he pronunciado en el precedente «**Garrido Olivares**» sobre la necesidad de llevar a cabo con la debida premura la declaración testimonial de los NNyA, como así también, señalé las garantías que deben rodear este tipo de pruebas, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de esta franja etaria de víctimas.

Al respecto sostuve que «[...] los delitos contra este sector vulnerable de la población son delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que [...] los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» .

También destacué que [...] dentro del capítulo que trata los lineamientos a tener en cuenta para **evitar la revictimización**, la citada guía establece que debe limitarse al mínimo toda injerencia en la vida privada y cantidad de intervenciones en las distintas etapas del proceso, asegurando de esta manera que la víctima no se exponga innecesariamente a lo largo del proceso.

Guías de buenas prácticas.

Sostiene al respecto que « [...] es fundamental que, por un lado, se realice la video-grabación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho video-grabación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial[...] » (**Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos,, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFÉJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203**).

Por otra parte, debo señalar que las medidas de protección por motivo de la edad deben ser complementadas con una perspectiva de género en aquellos casos, como en el presente, donde se encuentran afectados los derechos de niñas y adolescentes. Al respecto, me he pronunciado sobre el deber del Estado de prestar especial atención en los casos en donde los derechos y garantías de las víctimas se ven afectados por su pertenencia a este sector vulnerable de la población (**ver, «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Concha, Jesús», entre otros**). En la última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso». En función de lo señalado sostuve que «(a) fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones **vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito** a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIAS:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1298 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, con costas.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. J V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

16- CALDERON REARTE. 04-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=636>

Lex: Art. 119, 1° párrafo, 55, 119, 3° párrafo del CP.

Vox: Abuso sexual simple. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (art. 119, primer párrafo, 55, 119, tercer párrafo, todos del CP). El escenario de los hechos es en un local bailable EL SANTO.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, y señala el testimonio de la víctima como poco creíble.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1123 pronunciada por el TPC N° 2 - 1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Di Cesare Morales.26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Rivero Gutiérrez. 19-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- González Mauricio
- Mejía Salvador. 10.09.19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Domínguez.

b-CIDH

- Caso González y otras v. México. 16-11-09:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Doctrina citada.

DI CORLETO, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)»

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

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05405586-7/1((018602-105567)) FC/ CALDERON REARTE ERIC EMMANUEL P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE CON CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (105567) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105580905*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05405586-7/1, caratulada "F. C/ C. R. S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica de E.E.C.R. interpone recurso de casación (fs. 492/512) contra la sentencia de f. 466 y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (art. 119, primer párrafo, 55, 119, tercer párrafo, todos del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria «que para fecha 23 de diciembre de 2018, siendo aproximadamente las 5.30 hs., en el perímetro del local bailable '...', E.E.C.R. le pasó las manos por los senos a la ciudadana M.J.B., sin mediar palabra y sin que la víctima consintiera dicho tocamiento. Al cabo de unos minutos, en oportunidad que la víctima le pidió a E.E.C.R. la hiciera ingresar al mencionado boliche, es que este último la acompañó a la parte trasera del mencionado local, momento en que la alzó y, pese a que la víctima se resistió y comenzó a gritar, la llevó a unos metros de una puerta que se encontraba en el lugar y sujetándola fuerte le corrió la bombacha con la mano y le introdujo el pene en la vagina en cuatro oportunidades, hasta eyacular» (fs. 468 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de MJB, M.A.B., MBT, Lic. María Belén Garbi, Dra. Graciela Nazar, EAV, Lic Daniela Galván, Lic. Laura Andrea Valenzuela, NJ N, GRR, EWP, Lic. Alicia Ivana Pelaia, Of. Insp. Luis Marcelo Castillo, CDG, EDD y Aux. Salvador Nicolás Ponce, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de CR considera que la resolución referida padece **vicios in procedendo e in iudicando**, conforme lo establecido por el art. 474, incs. 1 y 2 de la ley de rito.

En primer lugar, el recurrente plantea que el a quo ha llevado a cabo una valoración arbitraria del relato de la denunciante, el cual califica de poco creíble.

Para sustentar este punto de vista, destaca sus declaraciones en sede de instrucción y en sede de debate y las compara con el resto del plexo probatorio.

En segundo lugar, y enlazado con las consideraciones que fundamentan el agravio anterior se encuentra una crítica múltiple que ataca individualmente la valoración de cada uno de los elementos de prueba que, conforme el razonamiento del juez sentenciante, sustentan la existencia del hecho y la autoría del acusado.

Entre ellos cuestiona la ponderación sobre: el sentido atribuido a la temporalidad de los fotogramas, el examen psicológico de la denunciante, los testimonios de las amigas de la denunciante y el consumo de alcohol por parte de la víctima.

En tercer lugar, el recurrente advierte que el juez sentenciante omitió analizar los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales endilgados al momento de analizar la segunda cuestión.

Por el último, el recurrente cierra su crítica y realiza una conclusión global sobre la situación procesal de su asistido a la luz de la prueba producida en el debate y expresa que no se ha alcanzado el grado de certeza necesario para afirmar su autoría.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se presenta a fs. 526/529 y, al dictaminar, entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de casación analizado, debiendo convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Después de referirse a los antecedentes del legajo, la procedencia formal del recurso y resumir los agravios de la defensa, el titular del Ministerio Público Fiscal contesta ordenadamente cada uno de los agravios.

Así, rechaza el agravio de la defensa en relación con que la declaración de la denunciante haya sido mal valorada.

En esta línea, pone de relieve el valor esencial que tiene en los delitos de abuso sexual el testimonio de la víctima, el especial contexto en que se producen estas agresiones y quita entidad a las contradicciones advertidas por la defensa.

En segundo lugar, advierte que la queja defensiva constituye una discrepancia con la valoración de la prueba de cargo, la cual no ha sido debidamente argumentada.

En último lugar, conforme a lo expuesto, rechaza que nos hallemos frente a una sentencia que no haya sido valorada en forma razonable y, por ende, que sea susceptible de ser anulada.

IV.- La solución del caso.

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia recurrida en su totalidad.

a.- La defensa cuestiona, de manera central, la validez del razonamiento de la a quo a partir de la valoración del testimonio de la denunciante. Ello en tanto en él se encuentran las coordenadas claves de la arquitectura del hecho imputado a CR. La crítica relativa a la falta de credibilidad de la versión de M.J.B. se sustenta en la existencia de contradicciones entre lo declarado en sede de instrucción y lo declarado en sede de debate, en el cuestionamiento acerca de la fuerza convictiva de los exámenes psicológicos y en la inexistencia de lesiones físicas constatadas.

En relación con las variaciones en el relato de M.J.B., la defensa pone de relieve respecto que existieron contradicciones en las circunstancias de modo y lugar entre los dichos obrantes en el acta de denuncia y la declaración realizada en sede de debate.

Respecto de esto último, el recurrente pone de relieve que en la denuncia la víctima refirió que el abuso sexual con acceso carnal se produjo en un descampado y en el debate manifestó que se encontraba en los patios del boliche cuando ello sucedió.

En segundo lugar, la defensa sostiene que existen contradicciones respecto al modo de ejecución: la víctima relató que fue forzada de una manera específica por C.R., en tanto los fotogramas de las cámaras de seguridad no mostraron que M.J.B. hubiera sido arrastrada, tirada o empujada.

Finalmente, sostiene que es inverosímil pensar que una víctima de un abuso sexual le solicite ayuda a su abusador y, así, posibilite la comisión del segundo abuso, agravado por el acceso carnal. Bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como los fundamentos obrantes a fs. 492/511, entiendo que no se advierte, en el caso concreto, contradicciones relevantes en el relato de la denunciante que hagan mella en la credibilidad de su testimonio. En efecto, la variación del relato de M.J.B. en el marco de delitos tales contra la integridad sexual se explica debido a este especial contexto en el que se producen tales experiencias. En esta línea, de acuerdo con las constancias de la causa, la variación espacial –de describir un descampado al patio del local bailable– no es dirimente.

Ello, más aún, cuando existen otros elementos de prueba que avalan el relato, tales como los exámenes psicológicos realizados a M.J.B. y las declaraciones testimoniales que dan cuenta de la agresión (véase en detalle infra). Por otra parte, no debe perderse de vista que un descampado no es un espacio necesariamente incompatible con el patio de la discoteca, discordancia que puede explicarse con base en lo traumático del atentado contra la integridad sexual que sufrió la víctima. Idénticas consideraciones deben realizarse frente al sentido que pretende la defensa que se atribuya a los fotogramas de las cámaras de seguridad, las cuales no captaron la totalidad del proceso ejecutivo que se le atribuye a Calderón Rearte pero, no por ello, deben ser anulados como prueba de cargo.

En efecto, los fotogramas sitúan al acusado en el lugar y momento del hecho y corroboran el período de tiempo en el que razonablemente se pudo haber producido el abuso sexual con acceso carnal. En efecto, a fs. 472 el juez determinó que no existió controversia sobre la presencia del imputado en el lugar y hora del hecho, en tanto fue él quien llevó a M.J.B. desde la puerta 2 a la puerta 3 de ingreso al lugar y que en ese trayecto se llevó a cabo el acto sexual con penetración, lo cual aconteció entre las 5.47 y 6.00 hs. aproximadamente (véase fotogramas de fs. 56/57). Y, a partir de esta comprobación, descartó el argumento defensivo relativo a que en el tiempo que habría transcurrido desde el trayecto de la puerta 2 a la puerta 3, según los fotogramas, haya no haya sido posible la comisión del abuso.

Como ya he desarrollado in extenso en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**», en casos como el presente las variaciones en el relato de la víctima deben ser consideradas con perspectiva de género, pues a partir de allí es posible comprender la existencia de diferencias en la versión de los hechos aportada.

Por ello, la diversa descripción del escenario en el que se perpetró la agresión sexual, así como la no referencia en la denuncia a la específica forma de ejecución de la violencia física, han sido correctamente desestimadas por el tribunal de juicio como contradicciones que debiliten la verosimilitud del testimonio de la víctima. En esta línea, la sentencia destaca a fs. 469 vta. que «la jurisprudencia de nuestro país y en especial de nuestra provincia, reiteradamente, se ha hecho cargo de las particularidades que presentan estos hechos –habitualmente ocurridos en la **intimidad– sin testigos presenciales**».

Consideraciones que el juez aplica a su vez para explicar los matices en relación con el escenario del hecho, el modo de ejecución del abuso y las especulaciones defensivas relativas a que la denunciante miente. De hecho, el propio acusado reconoció haber mantenido relaciones sexuales con M.J.B., no obstante, negó que el acto haya sido sin consentimiento y explicó que la denuncia de la mujer se debe a que él no quiso darle su teléfono para un segundo encuentro.

Así, la defensa sugiere, con base en la versión brindada por el acusado en sede de instrucción, que la víctima realiza la denuncia **por venganza. Pero este móvil no se encuentra validado por ninguna de las pruebas obrantes en la causa.** Por el contrario, el resto del plexo probatorio habla a favor de la existencia de los abusos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar especificadas por la acusación.

Entre estos elementos, cabe mencionar, el resultado del material genético hallado en la ropa y el cuerpo de M.J.B., el cual coincide con el perfil de C. R.; la contundencia de los exámenes psicológicos llevados a cabo por la licenciada María Belén Garbi y la médica psiquiatra Graciela Nazar, así como los informes agregados a la causa (fs. 233, 348/250 y 289/300), los cuales fueron ratificados en sede de debate por los profesionales intervinientes. Todas estas pruebas, en resumen, confirman la verosimilitud del relato de M.J.B., en particular en cuanto a su consistencia y coherencia.

Respecto de la declaración de la licenciada María Belén Garbi, destacada por el a quo, debe decirse que la profesional expresó que trataba a M.J.B. desde antes del hecho y que, al examinarla a pocos días de ocurrido el suceso, estaba muy sensible y bloqueada por lo ocurrido.

Agregó que le llevó dos sesiones poder contarle con detalle lo sucedido, concluyendo finalmente, que M.J.B. tuvo secuelas traumáticas claras por la existencia del abuso.

El **estrés postraumático** en la víctima también fue ratificado por la Dra. Graciela Nazar, médica psiquiatra de M.J.B., quien describió su cuadro de depresión, falta de apetito, ataques de pánico, insomnio, falta de concentración y angustia, síntomas habituales de una persona que ha vivido una experiencia catastrófica en su vida (in extenso, véase la referencia del magistrado sentenciante a estos testimonios a fs. 470 vta./471).

En definitiva, la estrategia defensiva se centra en atacar el testimonio de la víctima, aproximación al caso que, como he desarrollado, no consigue lo que se propone.

A su vez, realiza una puntual y extensa reiteración de cada uno de sus puntos de vista en relación con la prueba ofrecida en sede de debate. Redundancia en la que se filtran argumentos ad hominem en contra

de la víctima –tales como los relativos al consumo de alcohol o que actuaría movilizada por un deseo de venganza– sin que existan elementos objetivos que los avalen.

Con el mismo temperamento debe ser rechazado el planteo de que es inverosímil pensar que una víctima de un abuso sexual le solicite ayuda a su abusador y, así, posibilite la comisión del segundo abuso, agravado por el acceso carnal.

En este sentido, la defensa sostiene que la relación entre el primer hecho y el segundo hecho tienen una vital importancia para el descubrimiento de la verdad, dado que ambas situaciones fácticas no responden a la lógica: «que una **víctima reciente de tocamientos sorprendivos**, como sostuvo la acusación, le pida ayuda a su propio agresor sexual de forma inmediata y posterior al evento traumático sufrido y que peor aún acceda a acompañar al mismo en solitario, sabiendo lo que acaba de sufrir, es una plataforma fáctica que no solo sorprende, sino que hace al menos dudar de su existencia» (f. 499).

Sin embargo, esta es una especulación que no se fundamenta en regla alguna que permita atribuirle el peso suficiente para hacer decaer la hipótesis acusatoria, en tanto explicación de los hechos validada por el tribunal de juicio. Así, la defensa no explica cuál sería la regla de la lógica infringida, ni cómo ella se aplicaría al caso en concreto. Más aún, cuando los profesionales intervinientes concluyeron que el relato **de la víctima fue “coherente, verosímil y confiable” (f. 299/300).**

Es que, en el planteo defensivo sobrevuela una idea de competencia de la víctima por la existencia del abuso, en un momento, con base en que M.J.B. se habría excedido en el consumo de alcohol, en otro momento, a partir de un razonamiento que ataca de inverosímil respecto a que una persona pueda ser víctima de dos abusos sexuales sucesivamente.

En suma, no se advierten los vicios que atribuye la defensa a la sentencia sobre la existencia del hecho delictivo, su arquitectura y, finalmente, la autoría del condenado. En este sentido, ni la referencia a los filmogramas de las cámaras de seguridad –al considerarse que por no retratar completamente el iter delictivo que se le atribuye a C.R., serían una prueba en contra de la existencia del abuso–, ni el ataque a los exámenes psicológicos –por haber sido parcial su ponderación–, ni los testimonios de las amigas de la víctima –por entenderse que se encuentran comprendidas por las generales de la ley– son argumentos que desvirtúen a la sentencia cuestionada como acto jurisdiccional válido.

En efecto, detrás de la reiteración de las tomas de postura de la defensa frente a cada una de las pruebas ofrecidas en sede de debate, se encuentra un intento de fragmentar su sentido para generar dudas que, como surge de la sentencia analizada, no se encuentra sustentada en elemento objetivo alguno.

c.- En último lugar, la defensa cuestiona que, al momento de desarrollar los argumentos de derecho, **el a quo omitió referir las circunstancias objetivas y subjetivas** de los tipos penales aplicados y cómo estas se encontrarían acreditadas. Sin embargo, de la sentencia surge que a fs. 474 el a quo hizo una expresa referencia a los hechos considerados acreditados, tanto el primero como el segundo y, acto seguido realizó su correspondiente encuadre legal en el plano objetivo y subjetivo.

Así, estimó respecto del delito de abuso sexual simple, que «este hecho se encuentra atrapado por la figura antes aludida, consistiendo la acción típica en –este caso– en haber efectuado tocamientos con carácter sexuales a la víctima sin su consentimiento, aprovechándose para ello del factor sorpresa que le otorgó la condición de guardia de seguridad» (f. 474).

Mientras que el segundo hecho, calificado como abuso sexual con acceso carnal «consistió en la introducción del pene en la vagina de la víctima sin su consentimiento, mediante el uso de fuerza física (violencia) por parte del imputado sobre ella» (f. 474 vta.).

Finalmente, el magistrado sentenciante consideró probado el tipo subjetivo de las figuras endilgadas, «puesto que no surge acreditado que haya existido en el imputado un estado mental de error o ignorancia sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, que lleve a excluir el dolo requerido por los tipos aplicados.

Por el contrario, de las circunstancias **objetivas probadas y a las que se ha hecho alusión, se infiere la existencia de los aspectos cognoscitivo y volitivo, integrantes del dolo» (v. 474 vta.).**

En efecto, con base en el análisis de la sentencia y las constancias obrantes en la causa, cada uno de los planteos defensivos en el nivel de la aplicación del derecho ha sido debidamente contestado. Por ende, al no brindarse nuevos argumentos de orden jurídico, corresponde el rechazo del cuestionamiento del desarrollo de los tipos penales aplicables en la segunda cuestión.

V.- Conclusión Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Calderón Rearte. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros).**

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género». En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a]fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (Concha, Jesús). A la situación estructural de asimetría de poder, debe sumarse el contexto en que acontecieron los hechos de abuso y, principalmente, la función que desempeñaba C. R. –seguridad de un local bailable–

lo que se traduce en una mayor preeminencia del acusado sobre la víctima, en tanto también se valió del rol que cumplía en tal oportunidad para perpetrar los abusos, ubicando a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad a la que estructuralmente se encuentra expuesta.

En este sentido, cabe señalar que **la ley 26.485**, destaca el derecho de la mujer a vivir sin violencia en todos los ámbitos en que se desarrolla, tanto en los públicos como privados, entre los que podemos incluir las distintas esferas sociales en donde la mujer despliega su personalidad (art. 4). Ello tiene como correlato –según entiendo– el deber de los operadores del derecho de detectar y visibilizar este tipo de manifestaciones de violencia en los distintos ámbitos sociales y, sobre todo, por parte de quienes cumplen roles –como en el caso de autos– que son atribuidos culturalmente al sexo masculino y que otorgan –en cierta medida– un poder plus sobre sus víctimas. En este orden, la norma mencionada sostiene el deber de los distintos agentes estatales de establecer «Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos» (art. 2 inc. c).

En este punto resultan propicias las reflexiones realizadas por la autora Julieta Di Corleto sobre el rol que deben desempeñar los distintos operadores del derecho y, en especial, los jueces, al sostener que «Las decisiones de los órganos jurisdiccionales son un buen reflejo de los valores de la sociedad a la que pertenecen. La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no solo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social [...]» (Di Corleto, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).

En otro orden, y en relación al supuesto consentimiento prestado por la víctima sugerido por el censurante, tal como lo destaca el ministro preopinante, ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho. No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, Caso González y **otros (Campo algodón) Vs. México**. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el precedente **«González, Mauricio» que** «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin **preconceptos ni estereotipos discriminatorios**.

En suma, mi interés por visibilizar esta problemática es a partir de las dificultades estructurales que, en materia de acceso a la justicia, deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual y las responsabilidades que, al respecto, nos atañen en tanto Poder Judicial y, más aún, como autoridad suprema de la estructura judicial provincial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación con la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los **precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Di Césare», «Dominguez», «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello»**, entre otros. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E.E.C.R y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 466 y vta.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

17- URETA NAVARRO. 23-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=639>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 50 del CP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Reincidencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** con costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal y lo declaró reincidente (art. 5, 45 y 119 tercer párrafo del CP). El SA era padre de la pareja de la víctima.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Expresa que la víctima estaba drogada y que tuvo relaciones con el hijo del SA.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1219, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Di Cesare Morales.26-06-19:-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Rivero Gutiérrez. 19-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Mejía Salvador. 10.09.19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo. 25-11-06: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 15-05-11: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30.08.10: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>

Doctrina citada.

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17.

SEGATO RITA LAURA. Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31).

UNICEF. Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas, Buenos Aires, 2017

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

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

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05412852-9/1((028601-757939)) F. C/ U. N. O. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESOCARNAL (757939/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105588989*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05412852-9/1 caratulada “F. C/ U. N., O. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

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

A fs. 384/390, la defensa particular de O. E. U. N., interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1219 pronunciada por Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de nueve años de prisión con costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal y lo declaró reincidente (art. 5, 45 y 119 tercer párrafo del CP, en los autos N° P-757.939/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia ha tenido por acreditado que «el día..., a la hora 2:00 aproximadamente, en el interior de la vivienda ubicada en..., San Rafael, provincia de Mendoza, O. E. U. N., quien habitaba la vivienda, tomó con violencia del cuello a N. J. B. R. y arrojó su cuerpo sobre la cama del dormitorio que él usaba, le exigió bajo amenazas que se quite la ropa y abusó sexualmente de ella, introduciendo su pene por vía vaginal sin el consentimiento de la mujer quien no pudo resistir la agresión por la diferencia de vigor físico con el agresor y profundamente atemorizada pues aquél le dijo que la mataría si se resistía. Durante la agresión sexual, O. U. eyaculó semen en el interior de la vagina de la víctima. Para lograr que N. entrara al dormitorio de la vivienda sin persuadirse del peligro, la engañó pidiéndole que le ayudara a ordenar la ropa que tenía en el interior del placard. Luego se trasladaron al comedor de la vivienda y N. aprovechando una distracción de U., salió de la vivienda y se introdujo en lo que una vecina, implorando ayuda que recibió de varias mujeres que procuraron el traslado al hospital Schestakov de la ciudad de San Rafael. Momentos antes del hecho, N. J. B. estaba en la vivienda esperando al hijo de O. U., F. de apodo T. y apellido U., con quien mantenía una relación sentimental».

Para así decidir el tribunal de anterior instancia, valoró la declaración testimonial del Dr. M. M., de P. C., de M. F., de E. M., de J. A. C., de L. F., el Informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas de fs. 265; del informe de Laboratorio de Toxicología de fs.155, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación.

El recurso se articula en función de los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que la resolución impugnada adolece de vicios formales y sustantivos que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Considera la defensa, que el juez de anterior instancia, no tuvo en cuenta que la víctima se encontraba **en estado de ebriedad y con síntomas de haber consumido estupefacientes** antes de haber llegado a la casa del acusado.

Explica que este extremo se encuentra acreditado con el análisis de fs. 161, realizado por el Dr. C., y con las declaraciones de A. U., de M. F..

En el mismo sentido, indica que la víctima declaró en cuatro oportunidades en el proceso y que incurrió en contradicciones vinculadas al modo en que salió de la casa para pedir ayuda y en lo relativo a la violencia ejercida por U. N., cuando la tomó del cuello y la tiró a la cama, pegándose con la cabeza en la pared. Indica el defensor que el informe de fs. 46/47 no acredita la existencia de lesiones.

Por otro lado, destaca que al momento de la aprehensión de U. N., no se resistió su detención, de lo que infiere la inocencia del acusado.

Cuestiona la validez del informe de fs. 155, y afirma que aparece el nombre de H. A. G. C., imputado en otra causa, sin aceptar las explicaciones ofrecidas por el sentenciante, en tanto sostuvo que se trató de un error material y que no constituía una violación formal establecida bajo pena de nulidad.

Por otro lado, discute el informe (puntos 2 y 3), pues entiende que la víctima tuvo relaciones sexuales con "T.", hijo del acusado, y esta circunstancia por tanto acredita que O. U. N. nada tuvo que ver en el hecho investigado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 7/8vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado.

En ese sentido, considera que el tribunal de sentencia realizó un profundo análisis de los extremos que lo llevaron a concluir que el imputado perpetró el hecho por el cual resultó condenado valorando las declaraciones recibidas y el resto de la prueba legalmente incorporada al debate, lo que permitió apreciar la fuerza que surge de dicha reunión, concluyendo que había quedado acreditada la autoría del acusado en el hecho investigado.

De igual modo, considera que el tribunal de anterior instancia se explayó acerca de cómo la víctima narró el suceso a distintas personas, entre ellos, a los profesionales de la salud que la asistieron tanto en la ambulancia como en el hospital y, por último, a los psicólogos que la entrevistaron.

Así, el Procurador sostiene que el relato de la víctima se encuentra corroborado por otras pruebas, testimoniales e instrumentales, que confirman los extremos vertidos por aquélla, por lo que las apreciaciones que efectúa el recurrente respecto a su persona no tienen justificación alguna.

Por tales razones considera que la sentencia recurrida exhibe una valoración razonada, conjunta e integrada de todos los elementos de prueba colectados y que los agravios esbozados por la defensa en cuanto a la valoración de la prueba, aparecen a todas luces infundados frente a los elementos probatorios arrojados a la causa que acreditan de manera irrefutable la existencia del hecho y la autoría de U. N. en el mismo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

En primer lugar debo señalar tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros), que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

Precedente «Galdeano Reyes »

Asimismo señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Precedente «Ruíz Gutiérrez»

Por otra parte, debo mencionar que en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»** destacué la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género.

Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de

violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Precedente «Alaniz Pineira»

Al respecto he señalado en el **precedente «Alaniz Pineira»**, en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales». Respecto de esta forma de manifestación de violencia contra mujeres afirmé que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales:

i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (Concha, Jesús).

En este mismo sentido, Segato al analizar el sometimiento del género femenino a las estructuras patriarcales jerárquicamente constituidas y la etiología de la violencia señala que «[...] aun cuando la apropiación del cuerpo femenino [...] se dé en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela.

Este último [...] sigue estableciendo que las mujeres que no son propiedad de un hombre [...] son percibidas como propiedad de todos los hombres. En esencia, pierden su autonomía física y sexual». En este mismo contexto argumentativo refiere también sobre «[...] la apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en condiciones de desprotección» (**Segato, Rita Laura**, Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa –como adelanté– encuentro que el a quo ha realizado una valoración probatoria conforme con los lineamientos señalados, que descarta la procedencia de los agravios alegados por el censurante.

Conforme surge del escrito casatorio, la argumentación elaborada por el recurrente, pueden ceñirse a los siguientes aspectos: (a) **la alegada nulidad del informe de fs. 265 y ss.; y, (b) la arbitraria valoración del plexo probatorio**, en particular del testimonio de la víctima de autos.

a. Nulidad del informe del del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas (RPHGD).

a) Acerca de la nulidad del informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas El defensor reitera en esta instancia el planteo que fue expuesto durante el curso del debate oral y, en ese sentido sostiene que el informe del **Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas** de fs. 263/266 es erróneo, en tanto figuraba el nombre de H. A. G. C., que es ajeno ala presente causa.

Del análisis de los fundamentos impugnados, surge con claridad manifiesta que el juez abordó de manera expresa el planteo de nulidad, a la vez que brindó las razones concretas por las que decidió el rechazo de la pretensión defensiva.

En este sentido el a quo sostuvo que la referencia incorrecta del informe en relación al nombre de un acusado que no forma parte del presente proceso, no constituyen violaciones formales establecidas bajo pena de nulidad, de conformidad al art. 197 del CPP. Por otro lado, consideró saneado dicho error material con la declaración testimonial del Dr. M., al incorporarse el dato correcto a la discusión de las partes.

Finalmente, el juez señaló que el informe cuestionado no tuvo implicancia probatoria en la comprobación de los hechos que conforman el objeto de la causa, con lo que el cuestionamiento de la defensa carece de decisividad, pues sencillamente el informe erróneo refiere al análisis de ADN de una muestra que careció de implicancia probatoria alguna en la presente causa. Estas razones me conducen al rechazo del pretendido vicio formal expuesto por la defensa toda vez que constituye una reiteración de lo ya postulado sin nuevas consideraciones o diversas perspectivas que justifiquen una respuesta diversa a la brindada correctamente por el juez de anterior grado.

b. Cuestionamientos a la valoración probatoria

b. Sobre los cuestionamientos de la defensa a la valoración probatoria realizada por el a quo y, en particular, las declaraciones testimoniales de la víctima.

Pese a los cuestionamientos formulados por la defensa, entiendo que el a quo ha valorado la totalidad del plexo probatorio teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente y lo ha correlacionado con la restante prueba colectada.

En este sentido, la sentencia exhibe una fundamentación completa, expresa y clara respecto a la acreditación del hecho investigado y a la autoría de U. N.. En efecto, el juez de grado consideró decisiva la declaración testimonial de la víctima en tanto aportó datos concretos y circunstanciados del hecho investigado. Así, dijo que el acusado en la madrugada del 6 de octubre de 2019, le pidió ayuda para acomodar unas prendas, que U. N. hablaba como drogado y que, en ese contexto, apagó la luz. Entonces ella trató de salir, pero el encartado le dijo que se quedara quieta porque si no la iba a matar, que no pudo resistir por el temor y por la violencia ejercida. Luego relató que el acusado la tomó del cuello y la tiró sobre la cama y que se pegó en la cabeza con la pared y fue entonces cuando el acusado la accedió sexualmente. Todos los extremos narrados por la víctima fueron avalados por la prueba objetiva del

legajo. Por un lado, el informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas de fs. 265, que dio cuenta que en el perfil genético observado se percibía la mezcla parcial de, al menos, dos individuos. Dichos perfiles genéticos eran compatibles con el de la víctima B. N. J. y con el de U. N. O. E.. Por otra parte, el informe de toma de muestras por hisopado vaginal de fs. 155, reveló la existencia de espermatozoides en la vagina de la víctima.

También, el informe del Cuerpo Médico Forense acreditó la presencia de un área eritematosa de 1,5 cm debajo del maxilar inferior derecho y otra excoriación más intensa de 0,5 cm en base del cuello a 3 cm de la línea media de su inserción en el tórax. Estas evidencias físicas que quedaron relevadas por los informes prementados, permitieron al juzgador otorgar credibilidad a los dichos de la víctima, pues aquellos confirman cada una de sus expresiones. A su vez, los testimonios de P. C., M. F., L. F., E. M., J. A. C. y A. U. ratificaron acabadamente las circunstancias narradas por la víctima. Toda esta prueba relacionada acorde las circunstancias del hecho investigado, me permiten sostener por un lado que los agravios expuestos por el defensor del acusado, constituyen una crítica aislada que no logra conmover la validez de la sentencia condenatoria. Por el otro lado, entiendo que la estrategia defensiva resulta inadecuada pues se ha centrado en descalificar a la víctima, con expresiones tales como «que ejerce la prostitución», «que es una persona que consume estupefacientes», «que hace denuncias a las personas que tienen relaciones con ella». Por las circunstancias expuestas, y en opinión concordante con el señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en “**Di Cesare Morales**”, “**Zurita**” y “**Mejía Salvador**”, por resultar aplicable en ese aspecto al presente caso.

Asimismo, encuentro oportuno formular unas breves consideraciones desde el deber estatal de entender y resolver los conflictos en clave de derechos humanos y con enfoque de género.

Ello, en razón de algunas expresiones vertidas por el defensor del acusado en ocasión de la presentación del recurso que ahora nos ocupa. Debe decirse, en primer lugar, que la perspectiva de género ha permitido incorporar en el análisis de la norma el enfoque de los derechos humanos en relación a las mujeres y disidencias sexuales, persiguiendo la materialización efectiva del principio de igualdad en la valoración judicial y en el acceso a justicia.

Así, el enfoque de los derechos humanos visibilizó, entre otras cosas, la existencia de minorías –no en términos numéricos sino jerárquicos– históricamente vulneradas y segregadas en todos los ámbitos de la vida social, tanto públicos como privados. Minorías que, en la aplicación de los derechos y en el desarrollo de un andamiaje jerarquizado entre las personas en razón del sexo, la raza, la edad, etc., quedaron –o fueron puestas– al margen de la construcción de la norma.

Complementariamente, la mirada de género puso en evidencia que aquello que en tal andamiaje se ofrecía como «lo normal» o «la verdad» encubre formas múltiples de opresión y subordinación hacia el género femenino. Ejemplos de tal consideración en nuestra historia jurídica no faltan. Piénsese en la

construcción de la **noción de «crimen pasional»**, fundado en el impulso desenfrenado y la dificultad de los varones de contener la ira como forma de expresión de sus frustraciones.

Pues, es la perspectiva de género la que permitió mirar este tipo de delitos desde otro lugar y prever legalmente la existencia del femicidio en pie de igualdad con otro tipo de homicidios agravados. Misma explicación se ofrece para entender el tránsito en la consideración de los delitos contra la integridad sexual, evolucionando desde la consideración del hecho como un «acto de desahogo sexual» hacia el reconocimiento de la mujer en tanto víctima y no depositaria de los apetitos sexuales de los varones, con la correlativa obligación de sancionar debidamente y en pie de igualdad la conducta sexual que se ejerce sobre el cuerpo de una mujer que no consiente el acto.

De este modo, la justicia ha podido acercarse a su obligación estatal de aplicar la norma desde el principio de igualdad entre los seres humanos, evidenciando la subordinación imperante en el sistema cultural en el que vivimos. Ahora bien, como puede advertirse, lejos de tal concepción se encuentra la noción de una supuesta intencionalidad ideológica que pretende imponer un orden teórico de ideas a sujetos que no las comparten. Por el contrario, sostener la existencia de **«ideología de género»** implica necesariamente partir de la idea de que antes existe un orden «natural» que hace a la normalidad de la sociedad y que debe ser respetado, el cual resultaría «amenazado» desde esta «ideología» que persigue por fin último imponer la supremacía del sexo femenino sobre otro.

Ello no es así. Lo que el enfoque de derechos humanos con mirada de género postula es el deber del/la juzgador/a de buscar, sobre todo, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos desde el principio de igualdad; y para eso es necesario analizar la prueba e interpretar las normas ajustando las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos. La perspectiva de género, ni más ni menos, visibiliza estas desigualdades que el operador judicial debe tener en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores. Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«C. Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**; **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **«Vega»**; **«Zurita»**; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en **«Ojeda Pérez»**, ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal -hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»-.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»). En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas -conf. «Zurita»-.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que

le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO**, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) -conf. «Zurita»-.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los **precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»**).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita».

Es conveniente destacar también que, en el **precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua»** mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155). A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los

Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

En tercer orden, y tal como destaqué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 384/390, a favor de O. E. U. N..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

18- GONZALEZ PALACIOS. 28-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=663>

Lex: Arts. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo incs. d) y f) y 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Arma. Convivencia. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **dieciséis años de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma y por ser la víctima menor de edad mediando convivencia preexistente en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo incs. d) y f) y 55 del CP). La víctima es hijastra del SA.

La **defensa** interpone recurso, el cual se enmarca en las disposiciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. En este sentido, considera que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1229, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Di Cesare Morales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-05-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, 26-06-17:

<https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/unicef-present%C3%B3-gu%C3%ADas-para-periodistas-para-fortalecer-los-derechos-de-chicos-y>

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

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05413941-6/1((018602-106933)) FC/ GONZALEZ PALACIOS ANGEL ENRIQUE P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR SER VICTIMA MENOR DE EDAD P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105590178*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05413941-6/1 caratulada “F. c/ GONZÁLEZ PALACIOS ÁNGEL ENRIQUE P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR SER VÍCTIMA MENOR DE EDAD S/ CASACIÓN”.

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

El defensor particular del imputado Ángel Enrique González Palacios, interpone recurso de casación a fs. 549/560 vta. y 563/565 vta., contra la sentencia N° 1.229 de fs. 533 y vta. y sus fundamentos de fs. 534/539 vta., mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma y por ser la víctima menor de edad mediando convivencia preexistente en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo incs. d) y f) y 55 del CP), en la causa N° P-106.933/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado que: «[n]o pudiendo determinarse fechas exactas, pero desde el año 2007 hasta el año 2009 aproximadamente, en el interior de la vivienda sita en el de la Ciudad de Mendoza, Ángel Enrique González Palacios, aprovechando su situación de convivencia con su hijastra, [R.E.P.] (desde sus 15 hasta sus 17 años de edad), cada vez que se quedaban solos en la vivienda, valiéndose de un arma de fuego para intimidarla, la accedió carnalmente con su pene por vía vaginal, anal y oral, una vez por semana en un número indeterminado de veces».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes: las declaraciones testimoniales de R.E.P., F A F, M D D, É P B, É C P, J A D, C L G, la licenciada Daniela Michelutti del EDEASS y la licenciada Alicia Pelaia del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico; el informe del examen psíquico de la víctima; el informe del examen psíquico del acusado y el informe del cotejo comparativo de ADN entre el material genético de los menores [I.S.P.] y [B.P.P.] y el material genético del acusado, a los efectos de establecer si existe o no vínculo de paternidad.

2.- Recurso de casación

Los motivos del recurso de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. En este sentido, considera que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada.

Además sostiene que surge un distanciamiento de la sana crítica racional en cuanto método de valoración de la prueba existente, lo que necesariamente, según su entender, lleva a la arbitrariedad de la sentencia como acto jurisdiccional, descalificándola como tal, puesto que no es una derivación razonada del derecho vigente. Afirma que la sentencia parte de premisas que son falsas, en tanto, considera que el a quo no valoró correctamente el pedido formulado por la defensa en sus alegatos, lo que vulneraría los principios del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

En efecto, sostiene que el Tribunal manifestó que «[l]a defensa técnica solicitó al Tribunal la ABSOLUCIÓN de su defendido por el beneficio de la duda, y en subsidio la aplicación del **art. 120 del CP**, se modifique la calificación legal y la pena en relación a su asistido, basado en las dudas que han quedado plasmadas a lo largo del debate». Considera que ello es falso, en tanto se tergiversó la interpretación y la teoría del caso de esa parte.

Sostiene que lo que planteó en los alegatos es que quedó probado en el debate por la declaración de los testigos, en especial la madre de la víctima, sus parientes y los moradores de la casa, que fue la consecuencia de una relación amorosa consentida.

Por tanto, sostiene que, probado el sexo consentido la calificación legal cambia del art. 119 al art. 120 del CP. Sin embargo, afirma que para que se dé el elemento típico del art. 120 del CP (estupro) es indispensable la prueba del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, y esta prueba, según su entender, no se dio, en tanto la acusación centró su teoría del caso en el abuso previsto en art. 119 del CP, sin indagar si lo que decían los testigos sobre la relación amorosa entre la pretensa víctima y el imputado era cierta, por tanto, invocó el beneficio de la duda por el art. 120 del CP, no por el art. 119 del CP, lo que, según su entender, interpretó erróneamente el Tribunal.

Manifiesta que la defensa durante el debate dejó en claro que producto de la relación consentida entre la víctima y el imputado nacieron dos hijos.

Afirma que durante el debate la madre, hermana y cuñada de la víctima, como así también los testigos B. y F. D. sugirieron que la víctima realizó la denuncia después de una pelea por celos con su pareja F. F., quien le reprochó no haber realizado la denuncia contra el imputado.

Considera que la víctima acudió al argumento del abuso porque F. F. –su pareja– le reprochó su relación con el imputado. Por lo que sostiene que surge claramente la arbitrariedad por parte del sentenciante al ignorar la declaración de casi la totalidad de los testigos. También hizo referencia que el a quo manifestó en su motivación que los testimonios de la madre de la víctima, su hermana y su cuñada no son confiables ni creíbles en su totalidad, sin dar mayores aclaraciones y sin dejar en claro en que son creíbles y en que no.

Agrega el recurrente que hay una frase en el resolutivo que oscurece aún más la certeza y la claridad que, según su entender, debe tener una sentencia condenatoria y es que el a quo expresó que «entiendo que estos testimonios, si bien no puede decirse categóricamente que hayan mentido, a juicio del dicente, intentaron beneficiar de alguna manera al imputado». En efecto, considera que el sentenciante es

arbitrario, en tanto reconoció categóricamente que dudó acerca de la credibilidad o no de los testigos e igualmente condenó al imputado, siendo que la duda debe jugar a su favor.

Según su entender, el *a quo* arbitrariamente trató de desmerecer a los testigos sin mayores fundamentos, incluso reconociendo su duda, y sólo se basó en el relato de la víctima, que fue contrario a todas las demás constancias probatorias de la causa, es decir no le dio importancia a las contradicciones entre el relato poco creíble de la pretensa víctima con la declaración de todos los demás miembros de su grupo familiar.

Asimismo, sostiene que el sentenciante también basó su condena en la declaración de la licenciada Daniela Michelutti, sin mencionar porque la declaración de ella se contradecía con las testimoniales de la madre de la víctima, como de sus hermanas y cuñadas, quienes relataron que el imputado y la pretensa víctima estaban juntos todo el día y que habían escenas de celos por parte de ésta última cuando el acusado estaba con su madre.

Al respecto considera que existe una arbitrariedad en la valoración de la prueba, en tanto el sentenciante no mencionó ni valoró estos testimonios. Por otra parte, el recurrente se agravia en tanto el sentenciante le negó sin dar argumentos válidos que se incorporara la testimonial del hermano del imputado, a quien todos los testigos en el debate lo mencionaron como una pareja anterior de la víctima.

Según su entender, era decisivo escuchar a ese testigo para que aportara datos acerca de lo que realmente ocurrió y sobre todo que confirmara el elemento clave en el cambio de calificación legal por estupro, que es la experiencia sexual de la víctima.

Al respecto, considera que el *a quo* violó el derecho de defensa del imputado, en tanto ignoró que el testigo surgió de la contradicción e inmediatez del debate (pilares del adversarial), al ser mencionado por la totalidad de los testigos, quienes antes nunca lo habían mencionada tan categóricamente.

Por último, el recurrente considera que el *a quo* es arbitrariamente exagerado en la fijación de la pena (16 años) en relación a las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del CP, ya que, según su entender, valora equivocadamente las agravantes y desmerece un elemento fundamental, que es la ausencia absoluta de antecedentes del imputado.

Asimismo, hace referencia que el sentenciante menciona como atenuante que se trata de primera condena, pero sin perjuicio de ello lo condena a una pena exagerada de 16 años de prisión. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. Sostiene que la defensa pone en tela de juicio la credibilidad de la víctima, tratando de desvirtuar la veracidad de los hechos acreditados en el debate con la mención de la existencia de una relación consentida.

Estima que el *a quo* se valió de las pruebas que fueron pertinentes y útiles a los fines de acreditar el hecho en las circunstancias narradas por la víctima, por lo que considera que la pretensión de la defensa de referir un acto consentido, no resulta ajustado, según su entender, a las constancias de autos, apreciando la estrategia débil y desmoronada a la luz de las probanzas de autos.

Con relación al cuestionamiento de la pena, considera que el monto de la misma no aparece desproporcionado ni carente de fundamentación, a la luz del hecho perpetrado por el acusado y a la fundamentación de la pena impuesta.

Asimismo, estima que los arts. 40 y 41 del CP han sido debidamente aplicados por el a quo, analizando las circunstancias agravantes y teniendo en consideración que se trataba de la primera condena como único atenuante, por lo que considera que no se encuentran vicios en la sentencia que ameriten su revocación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar. Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuye el hecho que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma y por ser la víctima menor de edad mediando convivencia preexistente en un número indeterminado de hechos en concurso real. En todos ellos, la denunciante es su hijastra, R.E.P. De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal. Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza "la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida", "el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia", "las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos", como también, "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres"(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[!]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados "los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes" (art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el "tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes,

o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)). Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género **no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación** que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–,

como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **Bobbio, Norberto**, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) –conf. **«Zurita»**–.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso **«Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión.

Antes de iniciar el análisis propuesto por el recurrente, debe aclararse que, si bien parte de la presentación recursiva ha sido planteada en torno a la causal prevista en el art. 474 inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando, lo cierto es que la totalidad de los vicios señalados se condicen con vicios in procedendo.

En efecto, todo el recurso plantea la arbitrariedad de la sentencia como producto de una errónea valoración probatoria, razón por la que, en lo que sigue, analizaré la validez de la sentencia como acto procesal y explicaré porqué considero que la impugnación no debe prosperar.

Asimismo, es de resaltar que se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir que se produce en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor.

Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos, es por ello que el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal del mismo. Tal como se adelantó de manera preliminar, luego de analizando el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que ésta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Ello en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de R.E.P. y demás testigos que declararon durante el debate, así como de las pruebas objetivas que obran en la causa; elementos que el sentenciante valoró de manera integral, contextualizada –con la debida perspectiva de género que el caso imponía– y conforme las normas de la sana crítica racional.

De este modo, surge evidente que la impugnación no constituye una crítica razonada de la resolución, sino una mera discrepancia del recurrente con el criterio valorativo que utilizó el sentenciante en el análisis probatorio, sin aportar razones que descalifiquen los argumentos del a quo.

Por lo que considero que el agravio debe ser rechazado. Esta discrepancia se evidencia cuando el recurrente afirma que la sentencia condenatoria sólo se basa en el relato de la víctima y de la licenciada Michelutti. En efecto, considero que el tribunal de sentencia valoró acertadamente la totalidad de los dichos de la denunciante otorgando plena credibilidad a su testimonio, al considerar que su relato fue claro, preciso y concordante. Asimismo, refirió que su relato se encontraba acreditado por las pruebas objetivas que obran en la presente causa.

En primer lugar, consideró de fundamental importancia el relato brindado durante el debate de la licenciada Daniela Michelutti, psicóloga del EDEAAS, quien dio un importantísimo aporte de la situación de la víctima. Al respecto, el sentenciante manifestó que la licenciada «[f]ue muy categórica al describir que el relato brindado por la víctima, es en primer lugar coherente, espontáneo y creíble. También describió el sufrimiento tremendo que la acompañó desde que era una niña, debido a su situación intrafamiliar, con una matriz conflictiva, ya que no tuvo apoyo de ninguna persona de su entorno, especialmente de su madre. La angustia que presenta [R.E.P.], a juicio de la psicóloga, ha sido tremenda, y eso explica el tiempo que tardó en abrirse y poder relatar su sufrimiento» (fundamentos fs. 537 vta.). Es de resaltar que los dichos de la licenciada Michelutti se condicen con lo informado en el examen psíquico realizado a la víctima, en el que surge que «[n]o se detectaron en [R.E.P.] indicadores de fabulación en relación a la temática que se investiga. No se detectaron en [R.E.P.] indicadores de mitomanía. Del examen efectuado surgen indicadores específicos de abuso sexual, tales como el relato que brinda [R.E.P.] y el grado de psicoafectación emocional que desarrolla de manera concomitante a su relato, el cual resulta coherente con el contenido de sus verbalizaciones.

De las técnicas gráficas administradas surgen indicadores de que el suceso vivenciado fue experimentado de manera traumática. [R.E.P.] presenta un estado de ansiedad, desesperanza, y sentimientos de soledad, esto último puede estar vinculado con experimentar carencia de sostén emocional proveniente de su entorno familiar. Se observa falta de recursos internos para hacer frente a la adversidad, lo cual puede manifestarse en un inadecuado manejo de los impulsos. Asimismo, la joven refiere experimentar angustia y malestar emocional al recordar la experiencia y sentimientos de culpa vinculados con el rechazo que siente por costarle la vinculación con sus hijos, producto de los abusos sexuales a los que hace referencia» (fs. 415 vta.).

En segundo lugar, el sentenciante consideró que los dichos de la víctima también se encuentran corroborados con «[e]l hecho irrefutable que producto de estos abusos, nacieron dos niños, que son hijos del justiciable, que a la vez era el padrastro de la víctima. El estudio de ADN positivo determina que los dos niños son hijos de Á E G P. Esta prueba es irrefutable» (Fundamentos fs. 537 vta.). En tercer lugar, considera además como prueba objetiva que «[c]onociendo el imputado esta situación de paternidad, obligó, bajo amenazas, a mantener esta situación en secreto, lo cual, a juicio de la Lic. Michelutti, es un factor de aumento de la angustia» (fundamentos fs. 537 vta. y 538). Asimismo, el sentenciante al analizar las testimoniales rendidas durante el debate de la víctima, sus amigas, su pareja, su madre, su hermana y su cuñada, consideró que éstas tres últimas «[i]ntentaron mejorar la situación procesal del imputado. Con relación a estos testigos, entiendo que no son confiables y creíbles en su totalidad. A esta conclusión arribo, teniendo en cuenta que ha quedado probado por los dichos de las amigas de la víctima, B y F D, que relataron que tanto la madre como los familiares del imputado, intentaron hacerles cambiar la declaración, sobre todo, B dijo que la propia madre de [R.E.P.], le había recriminado el hecho de haberse prestado como testigo. En definitiva, entiendo que estos testimonios, si bien no puede decirse categóricamente que hayan mentido, a juicio del dicente, intentaron beneficiar de alguna manera al imputado. Por el contrario, en el relato desgarrador de la propia víctima, que fue corroborado por el relato de sus amigas y su pareja, ha quedado evidenciado el tremendo abuso que sufrió durante muchos años, el cual se vio coronado con el embarazo no deseado de dos niños, fruto de los abusos sexuales producidos. Como dije anteriormente, todo ello avalado en forma científica por la pericia de la Lic. Michelutti. Por lo que, ninguna duda razonable puede haber en las presentes actuaciones» (fundamentos fs. 538). Así, entiendo que el sentenciante deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evalúo de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta «[...]pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (LS 393-243, 382-107, 381- 233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

También es resaltar, que el planteo del recurrente en cuanto a que las relaciones sexuales habrían sido consentidas por la víctima, ha sido objeto de específico análisis por parte del juzgador y sus argumentos no logran ser rebatidos por el recurrente en esta instancia. Al respecto, el sentenciante sostuvo, acertadamente a mi criterio, que según lo relatado por la víctima el acusado logró su cometido «[m]ediante el uso de amenazas, valiéndose en algunas oportunidades también para lograr su propósito en uso de arma». A ello agrega que «[e]n ningún momento hubo consentimiento por su parte, ya que los abusos sexuales cometidos contra la misma fueron mediante el uso de amenazas, valiéndose de la mayor fuerza del justiciable, no habiendo podido la víctima, en este caso, de ninguna manera, consentir libremente la acción» (fundamentos fs. 538 vta. y 539).

Lo descripto permite descartar que existiera una relación amorosa consentida entre la víctima y el acusado, tal como lo refiere el recurrente. Así, la prueba es suficiente para afirmar que la víctima se vio sometida a la actuación de Ángel Enrique González Palacios, quien se aprovechó de la circunstancia de ser la víctima menor de edad, como así también de la convivencia preexistente, al ser su padrastro, y del uso de arma de fuego y bajo amenazas de muerte con el fin de obligarla a tener relaciones sexuales. Por lo tanto, coincido con el tribunal de la instancia anterior al considerar que estamos ante un supuesto de

abuso sexual con acceso carnal, atento a que la conducta del acusado se llevó a cabo sin el consentimiento de la víctima.

Con respecto a la violación del derecho de defensa del imputado al no aceptar el sentenciante la incorporación del testimonio de M G, hermano del acusado. Estimo que el recurrente menciona el agravio sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. No obstante ello, se advierte de la sentencia impugnada que el juzgador dio razones suficientes para no aceptar la incorporación del testimonio de M G, así manifestó que «[e]l planteo es extemporáneo, de ninguna manera se trata de un testigo nuevo y el rechazo del presente incidente, en modo alguno afectó el derecho de defensa en juicio del imputado, consagrado en el Art. 18 de la CN» (fundamentos fs. 534 vta.).

Por último, no comparto el criterio del recurrente en cuanto a que el monto de la pena resultó arbitrariamente exagerado, esto en tanto estimo que al determinar la pena aplicable el tribunal valoró conforme al método de la sana crítica racional, en forma lógica y razonada, las pautas previstas normativamente por los arts. 40 y 41 del Código Penal. En este sentido, surge de los fundamentos de la sentencia que el tribunal de juicio estableció que, de acuerdo a las pautas mensurativas de la pena contemplada por las referidas normas sustanciales, existían circunstancias que actuaron como agravantes en cuanto a la pena conminada en abstracto para el concurso de delitos que se le atribuyeron al imputado, como por ejemplo, la gravedad de los hechos acaecidos, los que se cometieron con el uso de arma, amenazas, sometimientos y valiéndose de la situación de poder sobre la víctima menor de edad conviviente, el grave perjuicio que le causó a su salud psicofísica de acuerdo a lo informado por la licenciada Michelutti, y por último, la corta edad de la víctima. Asimismo, como circunstancia atenuante tuvo en cuenta que se trata de su primera condena. En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto el sentenciante sustentó su decisión en el análisis integral y contextualizado de las pruebas obrantes en la causa, las que ponderó con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar. Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Ángel Enrique González Palacios. Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, Caso del penal **Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

Asimismo señalé en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «[...] *una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género*». Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

ASÍ VOTO.

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

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

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 549/560 vta. y 563/565 vta. por la defensa de Ángel Enrique González Palacios.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

19- SANCHEZ GUTIERREZ. 29-06-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664>

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo apartado b y f, 55 125, 3° párrafo del CP. Art. 13 inc b) y g) Ley 9040.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal y gravemente ultrajante. Guarda. Convivencia. Delito continuado. Corrupción menor agravada por amenazas. **Nulidad. No hay registro audio visual.**

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena **de dieciséis años de prisión**, por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (art. 199, segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado b y f del C.P.), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (art. 199, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo apartado b y f del C.P.), en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por ser cometida con amenazas y abuso de autoridad (art. 125 tercer párrafo y 54 del CP), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

El **Procurador General** entiende que debe ser **rechazado desde lo sustancial** el recurso casatorio promovido. Asimismo, entiende que, si bien es cierto que la **admisión formal** ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del leading case «**Casal**», también resulta claro que al menos la queja intentada debe explicitar los **motivos de la impugnación**, para permitir al tribunal expedirse sobre los mismos, situación que **no se advierte en el presente recurso**.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación. La solución encuentra motivos en que no se encuentran disponibles los registros audiovisuales de los fundamentos de sentencia cuestionada por la defensa. Dispuso la nulidad del debate y la sentencia condenatoria cuestionada y, en consecuencia, remitir de las presentes actuaciones a origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento. Se debe realizar un nuevo debate. Extrajo compulsas a la Sala Administrativa de la Corte.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1245, pronunciada por el TPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ros Ibarra. 29-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=312>
- Capezzone Ballarini. 12-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=138>

b-CIDH

- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Gorioitía vs. Argentina. 02-09-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf
- Mohamed vs. Argentina. 23-11-12:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf
- Baena Ricardo y ots. vs. Panamá. 02-02-01:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf
- Zegarra Marín vs. Perú. 15-02-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_331_esp.pdf

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

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05413943-2/1((018602-755191)) FC/ SANCHEZ GUTIERREZ AL BERTO AMADEO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR LA GUARDA CONTRA UN MENOR (755191) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105590180*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05413943-2/1, caratulada "F. C/ SANCHEZ GUTIERREZ, ALBERTO AMADEO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE... S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica del imputado Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.245 (fs. 288 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión, por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (art. 199, segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado b y f del C.P.), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (art. 199, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo apartado b y f del C.P.), en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por ser cometida con amenazas y abuso de autoridad (art. 125 tercer párrafo y 54 del CP), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 755.191/19 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[...] en fecha y hora no precisada, pero en los periodos comprendidos entre el año 2009 y 2019 aproximadamente, en el domicilio ubicado en, Guaymallén, Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez, quien convivía con la menor F D D, que en los periodos mencionados tenía entre 8 y 11 años de edad, en reiteradas ocasiones y aprovechando que estaba a cargo del cuidado de la niña, toda vez que la progenitora de la misma se encontraba trabajando fuera del domicilio, en la habitación que tenía la vivienda descripta, le efectuaba tocamientos en la zona de la vagina, los pechos, los glúteos y el abdomen de la víctima, por debajo de la vestimenta, le introducía el pene en la zona de la vagina de la niña, sin

traspasar el himen pero causándole dolor, mientras que en otras oportunidades le introducía los dedos, expresándole a la menor que se dejara, que eso era lo que hacían los padres que amaban a sus hijos y que si hablaba, le iba a hacer daño a la progenitora y a los hermanos. Dichos episodios se produjeron con la misma modalidad desde el año 2012 hasta el 2014, en el domicilio ubicado en Barrio, Guaymallén, momentos en que Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez, se encontraba a cargo del cuidado de la menor F D D, quien tenía entre 11 y 13 años aproximadamente, ocurriendo los hechos descriptos en la habitación donde pernoctaba el encartado y la progenitora de la víctima. Del mismo modo, con posterioridad al año 2014 hasta el 20 de setiembre del 2019, en el domicilio sito en Barrio, Guaymallén, en circunstancias similares a las mencionadas, Sánchez Gutiérrez efectuaba tocamientos reiteradas oportunidades, en la zona de los glúteos, el abdomen y los pechos de la víctima, quien tenía entre 13 y 18 años de edad, en la habitación donde pernoctaban el encartado y la progenitora de la víctima, sucediendo en una última ocasión el día 20 de setiembre del 2019, en horarios de madrugada, donde el encartado se aproximó a la víctima que se encontraba durmiendo en su habitación, realizándole tocamientos por debajo de los pechos, y en momentos en que la víctima se dispuso a gritar, el incuso le tapó la boca con sus manos refiriéndole «yo te quiero por eso hago lo que hago».

II.- Recurso de casación

La defensa del imputado Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

De este modo, y en el formulario presentado conforme lo dispone la Acordada N° 29.051, la defensa señala que el tribunal sentenciante **no ha valorado correctamente la prueba legalmente** colectada, debiendo disponer, en lugar de una condena, la absolución del acusado.

Asegura que ninguna de las pruebas obrantes en la causa conduce a la decisión de condena.

Critica que el examen psíquico valorado esencialmente por el juez de sentencia no hace a la existencia de los delitos per se, máxime cuando está contrarrestado por otras pruebas de carácter objetivo.

Entiende que los elementos probatorios valorados, lejos de confirmar el grado de certeza que se necesita en esta etapa para declarar que Sánchez es el autor de estos hechos, su correcta mensuración debió llegar a un estado razonable de duda.

Afirma que se aplicó la ley en forma defectuosa, en tanto se utilizó incorrectamente la lógica jurídica en la valoración de la base fáctica y la imputación penal, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, resultando la sentencia nula por la incorrecta lógica jurídica valorativa siendo, además, la fundamentación insuficiente, aparente y contradictoria.

Sostiene en tal sentido que, conforme al pliego probatorio incorporado al debate, surgen dudas que resultan evidentes y contradictorias a la hora de soslayar la participación penal de su defendido en el hecho endilgado.

Entiende que el hecho que se le atribuye a su asistido quedó subsumido en el delito de amenazas coactivas, extremo que no pudo ser probado en grado de certeza por el Ministerio Público, conforme el material probatorio incorporado al debate.

En virtud de ello, impetra que se revoque la sentencia cuestionada y se disponga la absolución del acusado. En subsidio, solicita que se ordene la realización de un nuevo juicio.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General solicita el rechazo formal del recurso de casación incoado por la defensa técnica del acusado Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez, por considerar que luego de su lectura, no existe en concreto ningún argumento que plantee la **nulidad de la sentencia**.

En este sentido, advierte que la defensa ha suplido la presentación de la impugnación conforme lo dispuesto por el ordenamiento procesal (art. 480 del CPP) por el formulario que acompaña, conforme lo ordenada la Acordada N° 29.051.

Sostiene que en sus escuetas consideraciones, el recurrente plantea una discrepancia con los fundamentos del fallo, pero no desarrolla dónde radican los supuestos vicios que lo llevan a recurrir.

Entiende que, si bien es cierto que la admisión formal ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del leading case «Casal», también resulta claro que al menos la queja intentada debe explicitar los **motivos de la impugnación**, para permitir al tribunal expedirse sobre los mismos, situación que **no se advierte en el presente recurso**.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Debidamente compulsadas las constancias de autos, entiendo que corresponde **disponer la nulidad del debate y la sentencia condenatoria cuestionada y, en consecuencia, remitir de las presentes actuaciones a origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento**.

Ello, por las razones que a continuación se exponen.

En efecto, la solución que propugno encuentra motivos en que **no se encuentran disponibles los registros audiovisuales de los fundamentos de sentencia** cuestionada por la defensa, los que fueron brindados de manera oral por el juez decisor del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Al momento de analizar el recurso promovido este Tribunal advirtió la **ausencia del registro audiovisual** antes referido y emprendió diversas gestiones a fin de poder obtener los fundamentos de la sentencia.

Así, y mediante el decreto que luce a fs. 302 se solicitó a origen la remisión de aquéllos, lo que fue materializado mediante oficio a fs. 303.

Este requerimiento, ante la falta de respuesta, fue reiterado mediante decreto de fs. 304 y el oficio de fs. 305. Ello, nuevamente fue reiterado de acuerdo con las constancias de fs. 309 y de fs. 310.

Ahora bien, desde el tribunal de origen se informó sobre la imposibilidad de acceder al registro solicitado por razones de orden técnico (ver fs. 313 y 315).

Por tal motivo se solicitó la colaboración de la defensa técnica del acusado en el aporte de los registros audiovisuales que obraren en su poder (ver decreto de fs. 317). La defensa expresó que no tenía aquellos registros en su poder. De esta reseña surge claramente que este Tribunal se ve imposibilitado para acceder al conocimiento de las razones que condujeron al sentenciante para decidir la condena del acusado y, de esta manera, darle tratamiento al recurso presentado por la defensa en esta instancia.

En este sentido, cabe recordar que nuestro sistema prevé la garantía de doble conforme para el acusado de un delito como forma de asegurar **la tutela judicial efectiva**, derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.1 y 8.2.h) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14.1 y 14.5), instrumentos incorporados por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22).

Sobre el alcance de la garantía del doble conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en diversas oportunidades, y ha sostenido que «[d]e acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho» (ver Corte IDH, **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161).

Allí también se afirmó que «[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida» (ver párr. 165). Por otra parte, la Corte Interamericana recientemente reiteró que, según su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «[d]icho derecho [de doble conforme] consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]”.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.

*La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal» (ver CorteIDH, **Caso Gorioitía vs. Argentina**, sentencia del 2 de septiembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 47; con referencia a los precedentes **Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, **Mohamed vs. Argentina**, **Baena Ricardo y ots. vs. Panamá** y **Zegarra Marín vs. Perú**).*

En el mismo sentido que la Corte IDH se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente «Casal» donde se destacó que «[...] resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del **agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento** (*Leistungsfähigkeit*)» (considerando 26).

De igual modo, este Cuerpo se ha pronunciado en el sentido que «[...] el derecho a recurrir el fallo condenatorio constituye un derecho fundamental que instrumentaliza el acceso a la justicia» («Guerra Terrones»). Conforme con lo analizado, y como adelantara, entiendo que las particularidades del presente caso constituyen un obstáculo infranqueable para el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia definitiva para el acusado, en tanto impide a este Tribunal la revisión integral de la resolución impugnada lo que, en definitiva, legitima la solución nulificante que propugno. En otro orden, y en referencia específica de los registros audiovisuales, cabe mencionar que, a partir de la irrupción de la pandemia, declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, sobre COVID-19 (coronavirus-SARS-CoV-2), se aceleró y profundizó la incorporación de tecnologías en todos los ámbitos de la persona

humana y de las organizaciones tanto públicas como privadas, incluido los poderes judiciales, realidad que no es sólo local sino global.

En ese marco, apenas decretado el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO, Decreto PEN 297/20), los distintos tribunales del país, incluido este Poder Judicial, habilitaron la realización de audiencias remotas y/o virtuales, accediendo a plataformas o salas virtuales, herramientas que se extienden hasta la fecha. Según sostiene el estudio del CEJA, (junio 2020), *«la totalidad de países habilitaron la realización de audiencias virtuales, circunstancia que puede aparecer como una decisión trascendental pero problemática dado que: (i) la mayoría de los Poderes Judiciales no contaban con plataformas propias; (ii) las capacitaciones en su uso de operadores internos o externos no se ha generalizado (menos para la toma de una audiencia); (iii) en general, no se crearon protocolos para la toma de audiencias que contengan, más allá de las funcionalidades de la herramienta, reglas sobre cómo compatibilizar el medio al fin»*. (CEJA- Informe, en versión electrónica; <https://cejamericas.org/que-hace-ceja/estudios-y-proyectos/estudios-y-proyectos/tecnologia-de-la-informacion-y-comunicacionestics/reporte-ceja-estado-de-la-justicia-al/consideraciones-generales-ceja/> consultado 18 de junio de 2021).

En el caso del sistema de administración de justicia de la provincia de Mendoza, a través de gestiones con proveedores de plataformas virtuales, se consiguió rápidamente la entrega de 1000 licencias E1 de Microsoft Teams (28/03/2020), con office completo instalable en dispositivos móviles. La Acordada N° 29511 (12 de abril de 2020), resolutive 3 inc. d) dispuso que para las instancias ordinarias de los fueros de familia, civil, comercial, paz letrado, minas, tributario, concursal y del trabajo; e instancia originaria ante la Suprema Corte de Justicia la posibilidad de celebrar audiencias remotas a través de plataformas digitales que permitan el respeto del aislamiento social, preventivo y obligatorio, y por **Acordada 29530 (27 de mayo de 2020) se aprobó el “Protocolo para Audiencias no presenciales”** para todos los fueros a excepción del fuero penal y como anexo II se aprobaron los instructivos de Microsoft Teams: “Instructivo interno personal SCJM” e “Instructivo para partes y profesionales”. Específicamente, el fuero penal, a través de Resoluciones N° 48 (16 marzo de 2020), N° 49 (31 de marzo de 2020) y N° 52 (30 de abril de 2020) del Ministro Coordinador del Fuero Penal, se autorizó la realización de audiencias remotas o no presenciales. En especial, la Resolución N° 49 dispositivo IX, aprueba el “Protocolo de trabajo para audiencias en sala virtual” que se adjuntó como Anexo I., en cuyo punto 2 del mismo se indica «Audiencia en sala virtual: (o audiencia remota). Esto es la celebración de audiencia oral en forma completamente remota utilizando sistemas de video / teleconferencia comunes a todo el Poder Judicial (**Skype y Cisco Webex, e incluso acudir a soluciones** brindadas por otras plataformas), logrando que tanto las partes como el juzgador permanezcan en sus hogares y el imputado en el lugar de detención (para el caso que esté privado de su libertad y las partes requieran su presencia). De esta manera lo único que se cambia es la sala física en tribunales por un espacio virtual donde se reúnen los intervinientes y el juez para resolver el tema que los haya convocado.

Para la implementación de esta video / teleconferencia, solo se necesita que cada parte sea convocada electrónicamente a la audiencia en sala virtual, instale previamente el software indicado por la OGAP que haya fijado la audiencia en escasos pasos y proceda conforme al protocolo de la presente”. En decir, para el ámbito penal, las audiencias virtuales se encuentran habilitadas, bajo las soluciones que la OGAP (Oficina de Gestión Administrativa Penal) haya fijado y convocado electrónicamente a las partes. Por otra parte, debo señalar que actualmente el Poder Judicial de Mendoza, cuenta con licencias de TEAMS. E.1, a

disposición de los magistrados, conforme la adquisición por licitación pública obtenida. En ese sentido, me interesa destacar las ventajas o buenas prácticas que permite la utilización de Microsoft Teams frente a otras soluciones, tales como: a) posee el office 365 instalable en dispositivos móviles, (tablet o Celular) free.- Versión full,

b) Almacena directamente en la NUBE (One Drive), pudiendo manejar los videos, con otra herramienta (STREAM), que permite trackearlos, genera automáticamente la traducción y la transcribe en el pie del mismo, en el idioma que quiera. Además, en caso que no se haya cortado, se puede solucionar eso, editando lo grabado, y recortando los extremos;

c) Se maneja con el Active Directory directamente, como si fuera una herramienta propia del Poder Judicial. Quiere decir esto, que todas las personas, que posean correos oficiales, en el Zimbra, figuran como parte de la organización, evitando errores a la hora de realizar o compartir audiencias con agentes, Jueces, MPD o MPF, e) se puede compartir todo lo se guarda directamente one drive con los miembros del Zimbra con un solo click.;

f) el logeo , usuario y contraseñas, son las mismas que las del Zimbra y por último,

g) las demás prestaciones son las mismas que el resto de las plataformas de audiencias virtuales, Salas de Espera, muteos, compartir imagen, etc.

En síntesis, el haber utilizado una plataforma o sala virtual que no resguarda en soluciones como cloud computing o nube, o que negligentemente no se preservó el registro audiovisual de la exposición de los fundamentos de sentencia cuestionada por la defensa, afectó el debido proceso digital, entendido éste, como una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y/o sede digital, y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuaria/usuario digital.

Es decir, es el respeto por los principios rectores que enmarcan el entorno digital: inclusión, accesibilidad, trazabilidad, transparencia, publicidad, protección de datos personales, interoperabilidad y ubicuidad tecnológica. Los principios clásicos procesales de inmediatez, publicidad, celeridad, concentración y economía procesal alcanzan su plenitud a través de las nuevas tecnologías.

Pensar en clave tecnológica es buscar las herramientas que disponemos para mejorar procesos y hacer más eficientes las tareas humanas. La Sala I de esta Suprema Corte de Justicia, ya en 2007, con el voto de la Dra Kemelmajer, **remarcó la importancia de sostener la confianza en los sistemas informáticos y en los procesos de modernización.**

Expresamente indicó que *«[...] en el caso no está en juego sólo un simple cálculo matemático, ni la interpretación de una decisión a los fines de saber si correspondían o no (...), sino la confianza misma en un sistema de publicidad judicial que comienza a afianzarse y es desde todo punto de vista necesario apuntalar»* (“**Leoncio Arizu**” - LS 377-233).

La Ley 9040 que regula el Fuero Penal Colegiado propende al uso de las innovaciones tecnológicas, como medida de transparencia y seguridad al disponer que se asegure en el proceso, *«la metodología de la audiencia oral, públicas e indelegables, aplicando el sistema de agenda de audiencias y la digitalización*

total de las actuaciones; [...] a realización de audiencias mediante el sistema de videoconferencias u otros medios tecnológicos» (art. 13 inc b) y g) Ley 9040. BO 9/02/2018).

A tales fines es prioritario habilitar sistemas telemáticos que, a través de sus características y protocolos, permitan el resguardo de los datos e información que se suministra, conforme las normativas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso digital y en particular asegurando la confianza de cada justiciable y la sociedad toda.

Es decir, el uso de cada plataforma o sala virtual debe ir acompañada de reglas básicas preestablecidas, en lenguaje claro y accesible, con protocolos o guías de actuación, capacitación permanente y continua, lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, requerimientos técnicos descriptos y de fácil interpretación, reglas e instrucciones de responsabilidad y de seguridad.

La innovación en los procesos de transformación digital de las administraciones de justicia se encuentra no solamente en el uso de nuevas tecnologías y en la incorporación de las plataformas digitales, sino fundamentalmente en la **formación permanente y continua del capital humano** para operar tecnologías digitales cada vez más complejas y avanzadas.

Ello requiere, en estas etapas iniciales de la capacitación en competencias, conocimientos, habilidades y estrategias básicas de los entornos digitales.

Por tanto, tal como lo expresa el Consejo Europeo en informe sobre el Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización, «la utilización de tecnologías digitales y medios de comunicación electrónicos no debe ir en detrimento del derecho a ser oído, en particular el derecho a la igualdad de armas procesales y el derecho a un procedimiento contradictorio, del derecho a una audiencia pública, en algunos casos también el derecho a una vista oral en presencia física de la parte afectada, ni del derecho de recurso» (2020/C 342 I/01).

Por lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado y la sentencia N° 1.245 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Asimismo, y por las razones expuesto en la primera cuestión, corresponde extraer compulsas de las partes pertinentes de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR V. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

1- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación promovido por la defensa de Alberto Amadeo Sánchez Gutiérrez y, en consecuencia, anular el debate efectuado y la sentencia N° 1.245 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Extraer compulsas de las partes pertinentes de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.

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

20- OLIVARES GOMEZ. 02-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=665>

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 420 y 474 inc. 1° y 2° del CPP.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. **JAI cuestionado.** Domiciliaria. Juicio abreviado.

Summa:

El **TPC N° 1** condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado final– a la pena de **siete años de prisión**, con costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 párr. 3 del CP).

La **defensa** interpone recurso por vicios in procedendo y vicios in iudicando. Expresa que el pacto entre MPF y la Defensa consistía en la imposición de una sanción de siete años de prisión con los beneficios de la prisión domiciliaria, modalidad sobre la cual el Tribunal omitió expedirse.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso casatorio promovido. Agregó que la jueza interviniente les aclaró a las partes que la **modalidad de cumplimiento de la pena era materia propia de ejecución**

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1348 pronunciada por el TPC N° 1.

Precedentes citados

a-CSJN

- 306:262
- 314:451
- 314:791
- Sánchez Reisse, Leandro Ángel. 07-05-98.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=430111&cache=1695044509397>

- Ramon Guillermo Domínguez. 19-08-99.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=471560&cache=1695044926117>

Precedentes en similar sentido

- Pérez Gil. 15-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=603>
- Vera Morales. 06-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=133>

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

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05416993-5/1((018601-86290/18)) FC/ OLIVARES GOMEZ CRISTIAN ALEJANDRO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (86290/18) (86290) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105593459*

En Mendoza, a los dos días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05416993-5/1 caratulada “F. C/ OLIVARES GÓMEZ, CRISTIAN SEBASTIÁN ALEJANDRO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/CASACIÓN”.

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

La defensa técnica del imputado Cristian Sebastián Alejandro Olivares Gómez interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.349 de fecha 8 de setiembre de 2020 y sus fundamentos (fs. 1/2 vta.), mediante la cual se condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado final– a la pena de siete años de prisión, con costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 párr. 3 del CP). El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-86.290/18.

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

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal de citación a juicio, esto es, que «[e]l día 11 de octubre de 2018, entre las 10 y las 11 horas, el ahora señalado Olivares Gómez Cristian Sebastián Alejandro, con el pretexto de devolver un envase, hizo ingresar a M P G –de entonces dieciséis años– a la Unión Vecinal sita en Una vez allí, el encargado cerró con llave, tomó del brazo a la menor y la condujo hacia el baño, en donde en medio de un forcejeo le bajó la ropa y en contra de la voluntad de ésta, le introdujo el pene en la vagina, tras lo cual le manifestó: “soy casado, no digas nada porque yo soy un loquito”» (fs. 01). Para llegar a esa conclusión, en primer orden, la jueza a quo estimó procedente el juicio abreviado final solicitado por las partes, por estimar cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 418 del CPP. En ese sentido, adujo que «[e]l acuerdo formulado por las partes lo ha sido en tiempo oportuno. El imputado, debidamente asistido por su defensa, ha solicitado la aplicación de este procedimiento y admitido la imputación atribuida. Por su parte, el Ministerio Público ha prestado su conformidad» (fs. 01 vta.). Seguidamente, interpretó que la admisión del hecho por parte del acusado resultaba corroborada a través de los elementos de prueba producidos durante la etapa instructora e incorporados a la audiencia respectiva, entre los que destacó: el acta de denuncia de fs. 1/2 vta., el acta de procedimiento de fs. 3, el informe de la OAL Guaymallén de fs. 6 y vta., el informe de la Unidad Investigativa de Delitos contra la Integridad Sexual de fs. 11 y vta., y de fs. 30, las declaraciones testimoniales de fs. 14/15, 210/211, 220 y vta., el acta de nacimiento de fs. 23 y vta., el acta de allanamiento de fs. 47 y vta., el examen físico de fs. 53, el acta de aprehensión de fs. 74 y vta., los

exámenes psíquicos de fs. 114 y de fs. 285/286, el informe del EDEAAS de fs. 115 y la declaración de la víctima recibida en Cámara Gesell de fs. 178/179. En función de ello, concluyó que los hechos ocurrieron objetivamente con se refiere en la pieza acusatoria. Finalmente, la jueza a quo estimó que la pena convenida y aceptada por el acusado –siete años de prisión– se ajustaba a las pautas legales que regulan su individualización.

2.- El recurso de casación

La defensa del encausado formula recurso de casación contra la resolución arriba individualizada, en razón de lo dispuesto en ambos incisos del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por entender que existen vicios sustanciales y formales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Desde el plano de lo que suponen los agravios vinculados a vicios in procedendo, el impugnante plantea que el contenido del resolutivo en crisis revela una motivación aparente y contradictoria, lo que determina su nulidad a tenor de lo previsto en el art. 155 del CPP. Mientras que en orden a los vicios in iudicando señala que se han violado las normas contenidas en los arts. 10, 40 y 41 del CP.

En esta línea, manifiesta que la sentencia condenatoria atacada fue dictada a través la realización de un juicio abreviado final, como resultante del acuerdo celebrado entre la representante fiscal y el entonces defensor técnico del acusado que, específicamente en cuanto a la pena, **consistía en la imposición de una sanción de siete años de prisión con los beneficios de la prisión domiciliaria.**

Señala entonces que el tribunal de la instancia previa se apartó de ese acuerdo porque, si bien condenó al acusado por el monto de pena pactado, no resolvió sobre la modalidad de cumplimiento –prisión domiciliaria– convenida entre las partes.

Expresa que, si la jueza interviniente no estaba de acuerdo con lo pactado por las partes, **debió rechazar el procedimiento abreviado, y no homologarlo**, porque –con ello– se apartó del acuerdo formulado y falló contrariando las estipulaciones acordadas por las partes.

De este modo, se impuso, en definitiva, una sanción más grave que la pactada, sin que exista motivación alguna al respecto. Conforme lo expuesto pretende que se revoque parcialmente la sentencia atacada y se disponga que se condene a su representado a la pena de siete años de prisión con los beneficios de la prisión domiciliaria, como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal. Finalmente, hace expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no debe prosperar, en tanto la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos.

Señala que el soporte audiovisual de la audiencia respectiva revela que la jueza interviniente les aclaró a las partes que la **modalidad de cumplimiento de la pena era materia propia de ejecución**, información que no modificó la conformidad de la defensa en cuanto a la realización del procedimiento abreviado, ni tampoco motivó objeciones de la representante fiscal.

Con lo cual, advierte que el ordenamiento procesal ha sido debidamente cumplido, porque el juicio abreviado fue elegido por el acusado bajo la formalidad prevista por la ley para garantizar su libre voluntad.

Agrega que la sentencia impugnada se encuentra suficientemente fundada, desde que la jueza no sólo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el rito penal sino que, además, expuso las razones por las cuales llegó a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria en relación con los hechos intimados, a la calificación legal y a la pena impuesta.

En base a todo ello, solicita se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto no puede recibir acogida favorable en esta instancia, debiendo confirmarse en todos sus términos la resolución en examen.

Según se observa de lo apuntado en el acápite pertinente, el recurrente plantea dos motivos de agravios que, en lo sustancial, pueden ser reconducidos en un único tópico de análisis.

Esto por cuanto, y según considera la defensa, la sentencia en crisis resultaría parcialmente nula porque no respeta el acuerdo de las partes, lo que transutaría ello en la imposición al acusado de una penalidad que resulta más grave que la pactada en vulneración de las prescripciones contenidas en el art. 420 del CPP.

En virtud del planteo, en lo que sigue, el examen de la pretensión casatoria se centrará en brindar razones por las que considero que el tribunal de juicio, al aceptar el procedimiento abreviado solicitado por las partes y emitir sentencia condenatoria en los términos en que lo hizo, cumplió con la normativa legal pertinente, resolviendo el caso conforme a derecho. Veamos. Según se desprende de los fundamentos tenidos a la vista, la jueza de la instancia previa hizo lugar a la solicitud efectuada por las partes de resolver el caso de acuerdo al procedimiento especial de juicio abreviado luego de verificar el cumplimiento acabado de los requisitos previstos en la ley (arts. 418 y 419 del CPP).

Concretamente, comprobó, por un lado que el acusado expresaba en forma libre y voluntaria su consentimiento para acceder a este procedimiento especial, admitiendo el hecho, la acusación y la calificación legal y, por el otro, que el Ministerio Público Fiscal prestaba su conformidad sobre tales extremos (ver registros audiovisuales, audiencia del 8/9/20, primera parte, a partir del minuto 00:07:32). Este tramo del razonamiento jurisdiccional no ha resultado materia de controversia por el impugnante. Tampoco la revisión efectuada en esta etapa extraordinaria permite observar la presencia de irregularidades que, de algún modo relevante, vicien la resolución adoptada.

Así, el examen sobre la satisfacción de los requisitos que hacen a la procedencia formal del instituto, se complementa con una exposición clara, concisa y completa de las razones que condujeron al tribunal de la instancia anterior a tener por acreditada la existencia material del comportamiento delictivo que conformó el objeto del presente proceso, según la pieza acusatoria de citación a juicio –mantenida por el órgano acusador al tiempo de concretar su acusación en la audiencia oral referida–.

Así, y más allá de la admisión de responsabilidad del acusado, la resolución del tribunal da cuenta de que la acusación encontraba sustento en las demás pruebas incorporadas durante la investigación penal preparatoria (art. 420 del CPP).

Labor de valoración de esos elementos que, lejos está de constituir un supuesto de motivación arbitraria o aparente como lo denuncia de manera abstracta el recurrente, pues cada una de las piezas que integró el referido plexo luce ponderada de acuerdo a los postulados de la sana crítica racional, conformando de este modo un entramado probatorio suficiente para concluir positivamente en que el hecho existió y que el acusado fue autor material del mismo.

A ello le siguió un correcto análisis sobre la convergencia en el hecho de los aspectos objetivos y subjetivos requeridos por la figura penal bajo la cual resultó encuadrada típicamente aquella conducta ilícita en los términos en que fue reputada como históricamente cierta. Esto en razón de que la sentencia expone los motivos que justifican el acierto de las partes sobre el encuadre típico dado a los hechos por la fiscal interviniente –asentido conjuntamente por el acusado y su defensor– al subsumir jurídicamente el comportamiento ilícito enrostrado al acusado en el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 párr. 3 del CP.).

Finalmente, la fundamentación se integra con el adecuado examen de las circunstancias legales que persuadieron a la sentenciante a considerar que el monto de pena acordado y solicitado por las partes – siete años de prisión– resultaba justo y equitativo.

Este es el tramo de su razonamiento que refleja que la jueza respetó fielmente el contenido del acuerdo en los términos expresados oportunamente por la fiscal de la causa, y consentidos libre y voluntariamente por el acusado y su defensor al tiempo de la celebración de la audiencia respectiva.

Ahora bien, es en este último segmento del silogismo judicial donde se inserta el motivo central por el que se encauza el planteo casatorio.

En efecto, según la defensa, las partes habrían convenido que la pena pactada fuese cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria, extremo éste que no habría sido contemplado en la sentencia de condena.

Esta circunstancia alegada por el recurrente precisa acudir al desarrollo de la audiencia oral en que se tramitó y resolvió la aplicación del procedimiento abreviado. En efecto, compulsado el soporte audiovisual pertinente se advierte que la agente fiscal precisó los márgenes del acuerdo de juicio abreviado final.

En su alocución inicial, y en cuanto aquí interesa, dijo expresamente que el acuerdo alcanzado con la defensa del acusado consistía en la aplicación de siete años de prisión (ver registros audiovisuales a partir del minuto 00:08:05), para seguidamente exponer los motivos en base a los que consideraba que ese monto de penalidad convenido resultaba justo y equitativo.

Destacó, en ese sentido, la naturaleza del hecho investigado, la edad del acusado, y la escala penal aplicable según la tipo penal bajo el que fue subsumida legalmente la conducta reprochada (ver registros audiovisuales a partir del minuto 00:09:48).

En ese marco, luego de informarle al acusado las características y consecuencias que conlleva el procedimiento abreviado, lo jueza consultó al acusado si estaba de acuerdo en que la causa se resolviese a través de ese mecanismo, si reconocía los hechos acusados y, finalmente, si estaba de acuerdo con la pena de siete años pactada por las partes. Todos estos interrogantes fueron respondidos afirmativamente por O. G. (ver registros audiovisuales minutos 00:13:20/00:16:27).

Acto seguido, cuando la sentenciante les consultó a las partes si querían agregar algo más, tomó la palabra el entonces defensor del acusado y adujo textualmente que «[e]l acuerdo que yo hice con la Dra. Bignert [fiscal interviniente], sin perjuicio de lo que usted dictamine [sic] [en referencia a la jueza actuante], son siete años bajo la forma de domiciliaria», agregando –en un tramo de la audiencia en el que el audio resulta de dificultosa calidad– que «[n]o me importa que usted resuelva apartarse de la [modalidad] domiciliaria» (ver registros audiovisuales minutos 00:16:44/00:17:00).

El planteo defensivo fue abordado por la sentenciante, quien manifestó que «[c]on respecto a ese tema, no me expido en esta sentencia.

El Sr. - por el acusado- ya viene en prisión domiciliaria, y esa situación no va a ser modificada por mí. **Una vez que la sentencia quede firme, él pasará a disposición del juez de ejecución y allí ya no tengo ningún tipo de jurisdicción y competencia para resolver con relación a ello»** (ver registros audiovisuales minutos 00:17:16/00:17:52).

En ese marco discursivo, el defensor insistió en su posición y solicitó nuevamente que quedara constancia que el pedido formulado tanto por él como por la fiscal era de una pena de siete años bajo la forma de prisión domiciliaria (ver registros audiovisuales minutos 00:17:53/00:18:00).

Ante ese requerimiento, además de informarle que todo el desarrollo de la audiencia contaba con el respaldo de la videofilmación respectiva, la jueza se dirigió al defensor a fin de conocer si aquel criterio judicial **vinculado a su incompetencia** para resolver cuestiones inherentes al régimen de cumplimiento de la pena, modificaba de algún modo la voluntad de aplicar al caso el procedimiento abreviado (ver registros audiovisuales minutos 00:18:08/00:18:28).

Ese interrogante no contó con ninguna observación ni reparo del defensor, quien admitió la posición del tribunal al decidir continuar adelante con el procedimiento por el que habían optado, reiterando sólo el pedido consistente en que se dejara constancia del acuerdo alcanzado con la representante fiscal (minutos 00:18:29/00:18:37).

No obstante ello, la jueza nuevamente le manifestó a las partes que no iba a modificar la situación de prisión domiciliaria del acusado, sino que «[u]na vez que la sentencia quede firme él -por el acusado- pasa a disposición del juez de ejecución, que es quien luego resolverá en la etapa en que a él le corresponda» (ver registros audiovisuales a partir del minuto 00:19:02).

Esta posición fue consentida por el defensor quien, incluso, expresó que el propio acusado conocía esa circunstancia, dado que él mismo se lo había explicado (ver registros audiovisuales a partir del minuto 00:19:19). La reseña expuesta deja al descubierto varias cuestiones.

En primer lugar, que la única pretensión esgrimida por la defensa durante su intervención consistió en que se dejara constancia expresa que el acuerdo alcanzado incluía el cumplimiento en prisión domiciliaria de la pena.

Esa solicitud fue abordada por la sentenciante, quien le explicó al letrado que el contenido íntegro de lo actuado en la audiencia oral en curso quedaba registrado en el soporte digital respectivo.

En segundo lugar, que la agente fiscal interviniente en ningún momento dijo que el acuerdo celebrado incluía que la pena pactada fuese cumplida en prisión domiciliaria, lo que revela que ello se trató de una pretensión que aparece planteada de **manera unilateral por el defensor particular**.

En tercer lugar, tampoco el criterio expresado oralmente por la jueza sobre el punto en cuestión motivó una retractación o rectificación del acusado, ni de su defensor sobre la voluntad de alcanzar la decisión jurisdiccional sobre el acuerdo alcanzado, en los términos objetivamente pactados.

A ello debe adicionarse que la compulsión efectuada sobre las actuaciones contenidas en el expediente no comprueba que ese acuerdo entre las partes haya incluido estipulación alguna sobre el cumplimiento morigerado de la penalidad.

Aspecto que encuentra sustento, además de lo transcrito precedentemente, en la circunstancia según la cual la agente fiscal entrevistó a la víctima en forma previa a la audiencia respectiva, oportunidad en que puso en su conocimiento la posibilidad de celebrar una audiencia de juicio abreviado con el acusado y su defensor, anoticiándosela también del monto de la pena acordado era siete años de prisión (ver fs. 58).

En función de todo ello, es evidente y manifiesto que el fallo condenatorio respeta completamente el acuerdo de juicio abreviado celebrado por la representante del Ministerio Público Fiscal, el acusado y su defensa particular, quienes concertaron –a la luz de lo examinado– la aplicación de un monto de penalidad que finalmente fue aquel por el que resultó condenado el acusado, y no convinieron que la misma fuera en la modalidad domiciliaria.

Lo hasta aquí analizado resulta suficiente para rechazar el agravio casatorio propuesto, desde que no se observa en esta instancia que la sentencia revisada presente algún vicio nulificante.

En efecto, si la voluntad de éste, o su defensa, hubiera consistido en que la sentencia acoja el pedido de morigeración del cumplimiento de la pena –que, como vimos, fue unilateralmente propuesto por el defensor del acusado–, así debieron expresarlo durante la audiencia oral, sea discutiéndolo en la oportunidad de ser anoticiados de la falta de competencia de la jueza de sentencia para expedirse sobre ese extremo, sea manifestando su retractación a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final.

Al respecto, debo decir que nada de ello sucedió, por lo que observo aquí sólo la pretensión de hacer valer un criterio personal del casacionista con respecto al que motivó el decisorio en crisis, sin una base argumental sólida que deleve la inconsistencia, ilegalidad o contradicción pretendida.

Por otra parte, no está demás señalar que tampoco le asiste razón al recurrente cuando plantea de manera abstracta que el tribunal de juicio, si no compartía el acuerdo de las partes que incluía la prisión domiciliaria, debió rechazar la aplicación del juicio abreviado.

Entiendo que la tesis defensiva no se compadece con las constancias de la causa ya que en ningún pasaje del devenir de la audiencia celebrada se advierte que **la jueza expresara su oposición a lo pactado por las partes.**

Nada más alejado de la realidad desde que, como se analizó, la magistrada interviniente ha sido absolutamente respetuosa de la voluntad de los litigantes.

En conclusión, advierto que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad fáctico o normativo (**Fallos 306:262; 314:451**) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impidan su descalificación como acto jurisdiccional válido (**Fallos 314:791; 321:1328; 322:1605**), debe rechazarse la impugnación deducida. Por tales razones, y en opinión concordante con el señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo y Dr Adaro. Adhieren.

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

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

ASÍ VOTO

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa del acusado Cristian Sebastián Alejandro Olivares Gómez.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.
Secretaría, 2 de julio de 2021.-

21- CHACON. 08-07-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=641>

Lex: Art. 119 ,3° y 4° párrafo inc. f del CP. art. 474 inc. 1 del CPP. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Rechazo de prueba ofrecida por la defensa. Extrema prudencia al momento de evaluar la pertinencia del testimonio del menor. Violencia de género. EdeAAS. CAI.

Summa:

El **TPC** condenó a la pena de **trece años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, tercer párr. en función del cuarto párr., inc. f del C.P.). El SA es padre de la pareja actual de la madre del menor víctima, de 5 años de edad.

La **defensa** interpone recurso de casación. Se agravia porque plantea que el juez de la instancia anterior rechazó infundadamente el testimonio de L.CH.G. (menor) fuera rendido en sede de debate, violando así el derecho de defensa en juicio del acusado. En segundo lugar, realiza una crítica global del plexo probatorio, destacando la hora, la inexistencia de ADN del sindicado en el cuerpo del menor y que deduce que el testimonio del niño fue influenciado.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1378, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

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

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05430126-4/1((018601-6986)) F. Y QUER. C/ CH. G. O. O. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (6986/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105607530*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05430126-4/1, caratulada "F. C/ CH. G. S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica de O. O. Ch. G. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia N° 1.378 y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en sala unipersonal, condenó al nombrado a la pena de trece años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, tercer párr. en función del cuarto párr., inc. f del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «en el día..., siendo las 16:10 hs., en el domicilio ubicado en el callejón ..., Guaymallén, el menor A.E.B.R. de 5 años, salió al patio de la vivienda para ir al baño, y cuando se dirigía por el lado de la orilla, pegada a la casa de O. O. Ch. G. (padre de la pareja actual de la madre del menor) quien convive junto a él, oportunidad en la que éste se le aproximó al menor y lo penetró por vía anal, ocasionándole las siguientes lesiones: tres desgarros recientes en región anal, en hora 5, 6 y 7; equimosis violácea que compromete la totalidad del esfínter anal y su borde; esfínter anal y pliegues congestivos y edematizados, por lo que no es posible valorar si existe borramiento de pliegues anales, lesiones compatibles con abuso sexual con acceso carnal, constatadas por la Dra. M. G., perito del Cuerpo Médico Forense» (véase expediente digital).

Para decidir en tal sentido, el juez de la instancia anterior valoró las declaraciones testimoniales de C. C., de Y. R., de A.B., del Dr. Octavio Agasso y del Lic. Díaz; la declaración de A.E.B.R. en Cámara Gesell; el descargo del acusado; los informes de los organismos especializados; así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Ch. G. considera que la resolución referida padece vicios in procedendo conforme lo establecido por el art. 474, inc. 1 de la ley de rito.

a.- En primer lugar, el recurrente plantea que el juez de la instancia anterior rechazó infundadamente que el testimonio de L.CH.G. fuera rendido en sede de debate, violando así el derecho de defensa en juicio del acusado.

b.- En segundo lugar, realiza una crítica global del plexo probatorio.

En este sentido, advierte que el informe de fs. 466/477 da cuenta de que el acusado no pudo realizar el abuso a las 16:10 hs. Agrega, por otra parte, que **no existen rastros genéticos** que avalen la hipótesis acusatoria y critica la valoración del testimonio de C. C..

Por último, sostiene que de la declaración del Dr. Díaz Ola se desprende que **el niño fue influenciado**. A partir de las consideraciones anteriores, concluye que no es posible tener por acreditada la autoría del hecho por parte del acusado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se presenta a fs. 8/9 y, al dictaminar, entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de casación analizado, debiendo convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Después de referirse a los antecedentes del legajo, la procedencia formal del recurso y resumir los agravios de la defensa, el titular del Ministerio Público Fiscal contesta ordenadamente de cada uno de los agravios.

Así, sostiene que la decisión del tribunal de juicio se encuentra debidamente fundada en relación con el **rechazo del ofrecimiento de la prueba testimonial del niño L.CH.G.**, en tanto su declaración resultaba impertinente en ese momento procesal a los fines del objeto de prueba y, además, así lo imponía el interés superior del niño.

Respecto de la crítica restante, advierte que la materialidad del hecho no fue objeto de controversia, que la autoría se encuentra debidamente acreditada y, finalmente, que la versión defensiva fue analizada y descartada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia recurrida en su totalidad.

a- Rechazo de una prueba.

a.- La defensa se agravia, en primer término, en que la **testimonial del niño L.CH.G., quien se encontraba en el domicilio mirando televisión cuando se produjo el abuso**, ofrecida a los efectos de acreditar la versión del acusado, fue rechazada por el tribunal de juicio.

Entiende el recurrente que esta decisión esconde una **selección arbitraria de la prueba**, en tanto este testimonio sería decisivo para acreditar su teoría del caso.

La declaración testimonial de L.CH.G. (de once años de edad al momento del debate), como expone la defensora en su escrito, fue ofrecida a fs. 516 durante la instrucción de la causa por ser mencionado por el acusado en su declaración indagatoria.

A los efectos de producir dicha prueba, el Ministerio Público Fiscal solicitó turno al EdeAAS por tratarse de un niño.

Realizada la entrevista preliminar y, al practicarse la audiencia en Cámara Gesell, la Asesora de menores e incapaces y los profesionales intervinientes propusieron una nueva audiencia preliminar al considerar el estado emocional del niño.

Realizada esta segunda audiencia, los profesionales del EdeAAS concluyeron que L.CH.G. **no estaba en condiciones de declarar**. La medida entonces fue dejada sin efecto (fs. 588). Posteriormente, la causa fue elevada a juicio y celebrado el debate.

En una de las audiencias fijadas, se presentó L.CH.G., quien fue derivado al CAI a los fines de que le fuera practicada una nueva entrevista preliminar, donde se concluyó que estaba en condiciones de declarar. No obstante, la Asesoría de menores e incapaces se opuso a que el mismo depusiera con base en las consideraciones determinadas en la segunda audiencia preliminar.

El Ministerio Público Fiscal se manifestó en el mismo sentido.

Recordemos que en aquella audiencia, los profesionales intervinientes estimaron que **era necesaria la incorporación del niño a un espacio de contención terapéutica con el objeto de que el mismo pudiera elaborar todos los hechos de carácter traumático vivenciado**, favoreciéndose así un desarrollo psicosocial saludable.

Frente a este estado de cosas, el juez interviniente entendió que debía prevalecer lo dictaminado por el EdeAAs y no por el CAI.

Esta decisión es objetada por la defensa con base en los argumentos supra mencionados.

Analizados los fundamentos de la toma de postura del a quo frente a la situación planteada respecto del ofrecimiento de la declaración de L.CH.G., cabe recordar, en primer término, que este niño al momento del debate tenía once años de edad.

Su condición de niño implicó para el magistrado sentenciante **una extrema prudencia al momento de evaluar la pertinencia de su testimonio**, así como las condiciones anímicas y emocionales del testigo. Todo ello, al efecto de **tutelar el interés superior del niño**.

Dicho esto, entiendo que el rechazo de la declaración testimonial se encuentra fundado.

En primer lugar, porque la decisión se encuentra fundamentada en el informe de fs. 589, practicado por el EdeAAS el día 27 de junio de 2020, según el cual los profesionales intervinientes estimaron que el niño no se encontraba en condiciones de declarar.

Y, si bien al momento de ser entrevistado por tercera vez, el CAI dictaminó que sí se encontraba en condiciones de declarar, este dato no debe ser considerado –tal como lo propone la defensa– como concluyente a fin de determinar si debía aceptarse o no el ofrecimiento de este testimonio.

Es que, si bien el CAI dictaminó que estaba en condiciones de declarar en la tercera audiencia, a ella le precedía otra audiencia en la que los profesionales del EdeAAS habían rechazado tal posibilidad.

Y, frente a esta disparidad de opiniones, el juez resolvió considerando, por un lado, la opinión de la Asesoría de menores e incapaces y el dictamen del Ministerio Público Fiscal –ambos organismos se

opusieron– y, por otro lado, la **pertinencia específica del testimonio en relación con el objeto del proceso.**

Respecto de esta última cuestión, el juez de la instancia previa señaló que el abuso que sufrió A.E.B.R. ocurrió en soledad, sin testigos y, según expuso Y. R. al declarar L.CH.G. se encontraba mirando la televisión cuando la víctima fue abusada.

Esta razón –junto con el estado emocional que presentaba al momento de ser entrevistado por el EdeAAS– llevó al juez a valorar, acertadamente, **como impertinente su testimonio.**

En definitiva, frente al primer agravio defensivo, entiendo que el rechazo del testimonio referido a los efectos de tutelar el interés superior del niño, se encuentra doblemente fundado: en la situación anímica y emocional del niño –refrendada por los informes del EdeAAS y los dictámenes de la Asesoría de Menores e Incapaces, así como del Ministerio Público Fiscal– y en la impertinencia de sus dichos conforme la ajénidad a las circunstancias espaciales en las que se llevó a cabo el abuso –de acuerdo con lo manifestado por Y. R.–.

En consecuencia, respecto de este tramo del recurso defensivo, estimo que la defensa insiste en la nulidad por la nulidad misma, debiendo descartarse de plano cualquier vulneración del derecho de defensa en juicio.

b.- En segundo término, el recurrente ataca el razonamiento del a quo en orden a la prueba de la autoría. Así, rechaza que se encuentre suficientemente acreditado que fue O. Ch. quien accedió carnalmente a A.E.B.R. con base en tres razones que se detallan a continuación.

La primera relacionada con que Y. R. y H. A. testificaron que a la **hora del hecho** (16:10hs.) el acusado se encontraba reunido con este último y, momentos antes, durmiendo una siesta.

Hecho que, según la defensa, se corroboraría con el informe de fs. 466/477 donde consta que a las 15:50 hs. H. A. telefoneó a O. Ch. a los efectos de anticipar la reunión que se produciría minutos después.

La segunda vinculada con la **inexistencia de rastros de ADN** del acusado en el cuerpo de la víctima.

La tercera construida en base al testimonio del Dr. Agasso y el Dr. Díaz, de los que la defensa deduce que **la declaración del niño habría sido influenciada.**

Respecto de este último argumento, la defensa sostiene que los niños pequeños tienen un alto grado de influenciabilidad y que el Dr. Agasso declaró en el debate que existían presiones del afuera en el testimonio del A.E.B.R. Respecto de ellas, el juez entendió que esto debía ser descartado, pues el niño se encontraba alejado de la madre desde el momento del alta médica.

Sin embargo, el recurrente postula que, en verdad, las influencias provendrían de parte de los abuelos paternos.

Ello, en tanto el niño no había señalado a O. Ch. hasta que este se encontró en condiciones de recuperar su libertad, momento en el que se presentó a declarar C. C. y manifestó que el niño espontáneamente había señalado a “El Tata”, quien le había metido “la chula” tres veces, terminología no utilizada en Cámara Gesell.

Analizada la sentencia puesta en tela de juicio a la luz del planteo defensivo y las constancias de la causa, entiendo que la estrategia argumentativa propuesta en el plano de la valoración de la prueba no alcanza lo que se propone.

En efecto, la defensora se limita a poner de relieve **tres elementos** que considera dirimientes –los testimonios de Y. R. y H. A., la inexistencia de material genético de O. Ch. en el cuerpo de la víctima y la influencia de los abuelos paternos en el relato de A.E.B.R.– aislándolos del resto del plexo probatorio.

Pero antes de ello, la defensa omite considerar que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos del niño, impone poner en un lugar destacado el testimonio de A.E.B.R.

Así, en estos casos se advierte una **mayor vulnerabilidad** por tratarse de un ataque contra la integridad sexual y por la edad de la víctima.

Vulnerabilidad que aumenta cuando la agresión se produce en el seno familiar (ver al respecto, y en lo pertinente, lo señalado por este **Tribunal en “Vega”**).

Todo lo cual ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez sentenciante. El testimonio de A.E.B.R., de cinco años de edad, es la principal prueba de cargo, tanto respecto de la materialidad del hecho, como de la autoría del acusado.

Así lo entendió correctamente el juez de la instancia previa al referir que los dichos de la víctima sustentan la acusación y destacar que su credibilidad se basaba en dos razones: por un lado, las pruebas objetivas que avalan su testimonio; y, por otro lado, por la forma en que el hecho salió a la luz y la evolución que tuvieron los dichos del niño en el tiempo.

En este sentido, no ha escapado al análisis del juez el planteo defensivo basado en los argumentos reseñados, frente a los cuales manifestó que no existe ninguna prueba de que el autor del hecho pudiese haber sido otra persona distinta del acusado, «ni siquiera es posible pensarlo de manera conjetural o hipotética –dice el sentenciante– toda vez que en el lugar no había ningún adulto, salvo la madre del niño y el acusado».

Y, como expresa el juez de la instancia anterior, aún cuando O. Ch. se hubiese encontrado con H. A., este hecho no impide la ejecución del abuso, pues la reunión podría haberse producido inmediatamente después de haberse llevado a cabo el delito, ya que no necesariamente se requiere una gran cantidad de tiempo para su consumación.

Por otra parte, cuando los profesionales del EdeAAS advirtieron que se podía sospechar la existencia de algún tipo de intimidación y/o presión externa, se referían a la madre, quien impulsó al niño a ocultar el abuso.

Sin embargo, el niño mencionó de manera categórica en la **Cámara Gesell** –la cual fue observada durante la realización del debate– que el autor de los abusos fue O. Ch..

En esa oportunidad, expresó que O. le hacía daño, que no vive con él por ese motivo, que le tocó «la colita» tres veces, que fue en el baño de atrás, que se colocaba detrás suyo y que por ese motivo no lo podía ver, que lo tocó con «el pito», que le hizo doler, que no le gustaba que le hiciera eso.

Agregó que su madre sabía y que le dijo que dijera lo de «la caca dura» en el hospital a los médicos (véase fundamentos de la sentencia en la página 6).

El Dr. Octavio Agasso confirmó el tono creíble de los dichos del menor, refiriendo que el niño pudo verbalizar que “El Tata le tocó la colita”, “mi Tata O.”. Además, este profesional explicó por qué el niño estuvo retraído en las primeras entrevistas, brindando mayores detalles respecto del hecho y la intervención de O. Ch. en el último encuentro: «entendemos que el relato es espontáneo, fuimos advirtiendo un proceso, que pasó de una actitud retraída, fue pudiendo decir lo que había ocurrido, solo el qué, quien y dónde. Eso es propio de la edad. No se puede saber más que eso [...] En el informe de la entrevista, se hace hincapié en los mecanismos de defensa, el siente que le **debe fidelidad a su madre**, entonces cabe la posibilidad de que haya sido un testimonio incompleto.

En las entrevistas habla de tocamientos, de una vez, de tres veces». En la misma línea, declaró el Lic. Díaz, quien calificó al testimonio **de creíble** y explicó que los detalles brindados en la última entrevista respecto de los abusos por parte de O. Ch., se debe a que en los primeros momentos de la investigación el niño tuvo que lidiar con el trauma por sí solo, pues la madre lo impulsaba a ocultar el hecho.

Encontrándose acompañado únicamente después de que su cuidado pasó a estar a cargo de su **abuela paterna**, quien se mostró colaboradora y contenedora para con el niño.

Así, el profesional concluyó que «ese proceso ayudó para que él [A.E.B.R.] pudiera dar más detalles en las posteriores entrevistas». A su vez, al psicólogo se le consultó si la víctima podría haber estado influenciada para sindicar al acusado y dijo que no se observaba esa situación, al menos, no para producir el discurso, no existiendo indicadores que permitan asumir que se pretende perjudicar a O. Ch..

Por último, también avalan los dichos del niño el testimonio de la abuela paterna (C. C.), quien manifestó que en una oportunidad se encontraban cenando con él y expresó que «tenía músculos para defenderse del Tata», a lo que le preguntaron la razón y él contestó que era «porque le había metido la chula en la colita tres veces».

En definitiva, a partir de las consideraciones precedentes estimo que se encuentra acreditado con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, tanto la materialidad del hecho, como la autoría del acusado.

Sobre la base de lo señalado estimo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

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

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

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de O. O. Ch. G. y convalidar en su totalidad la sentencia N° 1378.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

22- RODRIGUEZ GINESTRA. 08-07-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 172, 12, 55, 40 y 41 del CP. Art. 5.4.c de la Ley N° 26485. Art. 4 inciso c) del Dec. Regl. N° 1011/2010

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Pareja. Concurso real. Estafa. Violencia económica.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena **ocho años de prisión e inhabilitación absoluta** por igual tiempo al de la condena, como autor penalmente responsable de los delitos calificados legalmente como abusos sexuales agravados por acceso carnal –dos hechos– y estafa –un hecho– (arts. 45, 119, tercer párrafo 172, 12, 55, 40 y 41 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. Predica el carácter arbitrario del dictum por falta de valoración de las pruebas rendidas e incorporadas respecto de las cuales no han sido observadas en su análisis las reglas o el método de la libre convicción.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1368, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Domínguez Daniel. 02-10-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=397>
- Casado J. M. 29-12-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales.10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello.10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Ojeda P. 22-08-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

c-CSJN

- Leiva, M. Cecilia. 01-11-11

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

Parágrafos destacados

“En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación”

“La violencia económica es la que se realiza menoscabando los recursos económicos de la víctima dejándola en un estado de vulnerabilidad y desamparo, generando así una dependencia. “

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

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05430127-2/1((018601-40336)) F. C/ R. G. D. I. P/ ABUSO SEXUAL (40336/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105607534*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05430127-2/1 caratulada “F. C/ R. G., D.I. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de D. I. R. G. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1368, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, como autor penalmente responsable de los delitos calificados legalmente como abusos sexuales agravados por acceso carnal –dos hechos– y estafa –un hecho– (arts. 45, 119, tercer párrafo 172, 12, 55, 40 y 41 del Código Penal) que se le atribuyera en autos N° P40336/18 y P-59288/18.

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

1.- Sentencia recurrida

En la resolución que la defensa cuestiona el tribunal de la instancia previa ha tenido por acreditado en los autos N° P-40.336/18 tuvo acreditados distintos hechos. En primer lugar que «[...] el día miércoles..., aproximadamente entre la 1:15 horas y las 04:00 horas, en circunstancias en que la Sra. [A.F.G.L.] se encontraba junto a quien en ese momento era su pareja, Sr. D. I. R. G., en el negocio que poseen en común ubicado en calle... Las Heras, Mendoza en el interior de la habitación ubicada en la parte superior de dicho local, R. la obligó a mantener relaciones sexuales vía vaginal y oral en contra la voluntad de la víctima». De igual manera consideró probado que «[...] para fecha..., siendo aproximadamente las 10:30 horas, en el domicilio ubicado en... de El Challao, Las Heras, la víctima y en ese momento su pareja, se encontraban discutiendo. Seguidamente, ella tomó una ducha y cuando salió él apareció y le gritó: “querés coger, vas a estar conmigo” y siguió gritando “vas a coger conmigo o no”. Como los niños estaban durmiendo y por temor a que siguiera reaccionando de forma violenta, ella se dirigió hacia el fondo de la ampliación, él la tomó del brazo, la hizo arrodillar en el colchón, se desprendió el pantalón, se bajó el calzoncillo, la tomó fuerte del pelo y la obligó a que le practicara sexo oral. Como ella no paraba de llorar él le dijo: “si llorás no sirve, ves que con vos no se puede hacer nada”, acto seguido la hizo dar vuelta, la obligó a que se ubicara en posición de manos y rodillas apoyadas, para luego accederla vía vaginal y eyaculó sin protección. Seguidamente se vistió y se fue».

Para así decidir, la jueza valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales de A. F. G. L., de M. N. L., de A. L. R. B., de M. O. A., de M. V. B., de P. P. G., de A. M. R. G., de M. C. P. M., de M. E. B., de N. V. Ch., de M. Ch., de A. A., de M. F., de S. M. M., de J. P., de V. F., de A. Y., de F. O., de M. F. T., de K. S. R., de P. M. G., de M. A. M., de F. B., de P. M. y de M. L. Q..

Asimismo, en la causa N° P-59.288/18, la jueza tuvo por acreditado que «[...] en el transcurso del mes de febrero del 2018, en horario no precisado, D. R. G., en el local comercial... Ciudad, Mendoza, utilizando extensiones de las tarjetas de crédito de su ex pareja [A.F.G.L.] y sin el consentimiento de esta, adquirió un viaje a la ciudad de Cancún, México.

Este viaje, fue pagado utilizando la tarjeta de crédito... por un monto de veinticuatro mil quinientos pesos en doce cuotas, utilizando la tarjeta de crédito... por un monto de seis mil doscientos sesenta y un peso y veinte centavos en cinco cuotas y finalmente utilizando la tarjeta... por un monto de ocho mil ciento treinta y seis pesos en tres cuotas».

En relación a ello, la jueza fundó su decisión en la ponderación de las declaraciones testimoniales de A.F.G.L, de M. N. L., de E. B. G., de A. L. R. B., de V. F., de la declaración de R. G., entre otros elementos probatorios.

Debe destacarse que el Ministerio Público Fiscal no mantuvo la acusación respecto del primer hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio y el hecho antes detallado quedó calificado como estafa genérica (art. 172 del Código Penal).

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

La defensa considera que la sentencia impugnada carece de motivación suficiente conforme lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP. Por ello predica el carácter arbitrario del dictum por falta de valoración de las pruebas determinantes producidas durante el debate y las producidas durante la investigación penal preparatoria, incorporadas por lectura, respecto de las cuales no han sido observadas en su análisis las reglas o el método de la libre convicción.

En relación con la causa N° P-40.336/18 considera parcial la valoración de la prueba y la conclusión a la que arriba la sentenciante relativo al **contexto de violencia de género** que mediaba en la relación de A. G. L. con D. R. G..

En este sentido, considera que es arbitraria la valoración de la prueba y explica porqué en el caso bajo análisis no existió violencia psicológica, ni violencia física, ni sexual y, específicamente, en los autos N° P-59.288/18 afirma que no existió violencia económica. Manifiesta que en el caso concreto no existió violencia psicológica, en tanto considera que su defendido negó rotundamente haber realizado las acciones que le endilga la denunciante sino que, por el contrario, el acusado resultaba víctima de las humillaciones por parte de A. G. L..

A criterio de la defensa, el descargo de R. G., encuentra sustento en los diversos elementos de prueba de la causa. En tal sentido destaca que la Lic. B. sostuvo en el plenario que “su paciente –por R. G.– veía comprometida su autoestima por tales humillaciones” (recurso, fs. 13) y que los testimonio de K. R., de M. F. T. y de M. G., confirman los dichos de R. G..

Por su parte, señala que la Lic. N. Ch. refirió que ambos estaban dañados, victimizados, que habían peleas, que discutían en la sala de espera del consultorio, que eran reproches bilaterales, constantes, había agresividad mutua, **no se veía violencia de género**, también había violencia de ella hacia él (recurso, fs. 13).

Que la relación entre denunciante y denunciado **era simétrica**, que no había uno más sometido que otro, que no había distinción por género.

Agrega la defensa que también la Lic. F. B. hizo referencia a la violencia cruzada que existía en la pareja (recurso, fs. 19).

También señala que el testimonio de B. G. dijo que ambos eran «picantes» y que la Lic. M. P. –psicóloga de la denunciante– relató en el plenario que había una situación conflictiva entre ambos, un vínculo enfermo, peleas, violencia verbal de ambos, conflictos verbales muy fuertes entre ellos.

Cuestiona a su vez, la credibilidad del relato de la víctima y hace referencia a una serie de situaciones que, a su criterio, permiten **descartar la fiabilidad otorgada** por la jueza al testimonio de la víctima.

Así, que la denunciante asistió con el acusado a un hotel alojamiento a sólo tres meses de los supuestos abusos sexuales; que transgredió la orden de impedimento de contacto impuesta por el Noveno Juzgado de Familia, razón por la que se formuló una denuncia en la Unidad Fiscal Correccional que dio origen a la formación de los autos N° P-30.712/19, situación que dista mucho del referido temor que expresaba respecto del acusado.

Dice que también faltó a la verdad respecto de unos moretones en la espalda de la hija menor de ambos. Agrega que, a su criterio, según quedó demostrado esas lesiones se debieron a su impericia para la conducción y finalmente lo relativo a si conocía o no que el acusado tenía otro hijo respondiendo que no, cuando en sede penal ya había declarado lo contrario.

Luego sostiene que conforme la declaración del Dr. P. en el debate, del informe de la Lic. M. de fs. 562 y de la licenciada B. entiende acreditado que el imputado **no posee los rasgos característicos de personalidad que se correspondan con alguien que pudiera ejercer violencia de género** (recurso, fs. 20).

Considera además que no hubo violencia física en los hechos investigados, pues entiende que los dichos vertidos por G. H. durante la audiencia de debate respecto de la violencia ejercida por el acusado son falsos y que al formularse la denuncia aquella sólo refirió un episodio sucedido en el año 2013.

Por otro lado, destaca que, según la declaración de la Lic. R. (fs. 249/250), en ningún momento A. G. le manifestó haber sufrido violencia física. En igual sentido, las profesionales N. Ch. y M. P. en tanto jamás consignaron ni manifestaron que la denunciante les haya relatado episodios de violencia.

Por su parte, la Lic. M. Ch. en el debate dijo que en su informe de valoración de riesgo determinó que éste era bajo y en el debate expresó que no existía violencia física, que el acusado jamás le había pegado (fs. 22) y que el informe psicológico de fs. 562 suscripto por la Lic. M. concluía que no se observaban indicadores de desbordes agresivos de conducta.

Sostiene que, de manera similar, la madre de la denunciante, N. L., B. G., que frecuentaba la casa de la pareja, manifestó que nunca observó moretones en el cuerpo de la supuesta víctima. La defensa también cuestiona la acreditación de la violencia sexual (recurso, 24/30).

Respecto de los hechos de abuso sexual sostiene con relación al primer hecho reprochado a su asistido que existió efectivamente el acceso, pero expresa que hubo consentimiento por parte de la denunciante. Estima que resulta arbitraria la valoración de la prueba que, a criterio de la juzgadora, acredita la existencia de violencia económica. Circunscribe su reclamo a los autos N° P-59.288/18. Considera que no

existe una acción disvaliosa y antijurídica por parte de R. respecto del uso de las extensiones de tarjetas de créditos mencionadas en la imputación porque la utilización de las extensiones han sido otorgadas voluntariamente por G..

En ese sentido, la defensa considera que no existió ardid en tanto el acusado aseguró que la compra del viaje desde siempre tuvo como objetivo que fuera para él y A. G. para mejorar y salvar la decadencia de la pareja.

Refiere que así lo acredita el mensaje de WhatsApp cuya constancia obra a fs. 313.

Tampoco se configura el elemento subjetivo del tipo penal, toda vez que no era voluntad del acusado perjudicar a G., extremo acreditado por las negociaciones de las abogadas de cada parte.

Así, la Dra. Inés Córdoba manifestó que el acusado siempre reconoció las deudas de las tarjetas por el viaje y que siempre fue su voluntad cancelarlas.

Finalmente, se agravia por el monto de la pena impuesta por considerarla arbitraria.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 7/10 vta, el Procurador contesta la vista de ley conferida y ofrece las razones por las que considera en su dictamen que debe desestimarse el recurso de casación articulado.

En tal sentido entiende que la jueza de anterior instancia, analizó de manera completa todos los extremos que la llevaron a concluir que el acusado perpetró los hechos por los cuales resultó condenado, valorando las declaraciones recibidas y el resto de la prueba legalmente incorporada al debate, lo que le permitió apreciar la fuerza que surge de dicha reunión. En cuanto al hecho calificado como estafa, estima **que la jueza brindó una fundamentación detallada explicando que no se trató sólo del incumplimiento del pago de una deuda** y, por ende, limitada a una cuestión civil, sino que hubo un abuso de confianza por parte del justiciable al utilizar las extensiones de las tarjetas de crédito, otorgadas por A. G. en la compra de un viaje a la ciudad de Cancún para su disfrute personal y sin conocimiento de la víctima. Respecto del agravio que cuestiona el monto de la pena impuesta, considera que los fundamentos de la jueza son claros y razonados, surgiendo de su lectura los motivos por los cuales se impuso la pena cuestionada por la defensa, con la ponderación de las circunstancias que la apartaban del mínimo refiriendo a la naturaleza humillante que rodearon los actos de abusos sexuales y la pluralidad de hechos por lo que fue juzgado. Por todo lo expuesto considera que corresponde el rechazo del recurso formulado por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Según surge del escrito casatorio, la defensa cuestiona la labor de valoración de la prueba colectada en el legajo, particularmente respecto de la acreditación del contexto de violencia de género en el que se encuadraron los hechos atribuidos a R. G.. Siendo así, entiendo necesario formular una serie de apreciaciones vinculadas a la valoración probatoria como a la situación de **violencia sexual, social, física y económica** padecida por la víctima.

Al momento de resolver, la sentenciante asumió una **perspectiva integral en relación con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga M.»; «Ojeda P.»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros).

En especial en «**Ojeda P.**» sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -**Belem Do Pará**-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de **un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática**, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres **el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva**, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el precedente «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la **ley 27.499, denominada «Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Violencia económica.

Con relación a la violencia económica padecida por la víctima, cabe recordar las apreciaciones formuladas en los **precedentes recaídos en “Domínguez Daniel” y “Casado J. M.”**, entre otros a cuyas consideraciones me remito por resultar aplicables al caso concreto sometido a estudio.

En el primero de los precedentes invocados, sostuve que dicha violencia «supone un tipo de violencia de género a tenor del artículo 5.4.c de la Ley N° 26.485, porque condicionó su bienestar e integridad económica patrimonial **y recargó sus responsabilidades de cuidados**» (cfr. Corte Suprema de Justicia de la provincia de Salta, Expte. N° CSJ 34.869/11, caratulados “C/CB., A.M-Recurso de Casación”, 12/03/2014, Tomo 186: 247/270).

Además que «Al respecto el **artículo 4 inciso c) del Dec. Regl. N° 1011/2010** dispone que «en los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna».

Las manifestaciones de violencias económicas contra las mujeres no son fáciles de detectar en culturas patriarcales y, «es una de las formas más tremendas de violencia, que muestra las relaciones de poder que se establecen entre mujeres y hombres, quedando en manos de estos últimos una autoridad y un poder acompañado de la sumisión y/o subordinación de las mujeres» (cfr. **MEDINA, G. (2013). Violencia de género y doméstica: Responsabilidad por daños. p. 170**).

La **violencia económica** es la que se realiza menoscabando los recursos económicos de la víctima dejándola en un estado de vulnerabilidad y desamparo, generando así una dependencia.

En este sentido la ley 26.485 define la violencia económica como «la que se dirige a **ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer**, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo».

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde la jueza de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa (fundamentos, fs. 3).

En efecto, de las constancias que tengo a la vista emerge claramente que la jueza consideró que, en un contexto de violencia de género, A.F.G.L resultó víctima de los hechos investigados y, que la prueba aportada, confirmó debidamente la existencia de violencia social, psicológica, sexual y económica padecida por la víctima.

En este sentido tuvo en cuenta de manera primordial, el testimonio de A.F.G.L., quien detalló detenidamente los diversos episodios y las situaciones de sometimiento de las que resultó víctima.

En ese marco de análisis, no concuerdo con las apreciaciones del defensor que **atacan la credibilidad** de la narración, en tanto los dichos de la víctima, resultaron corroborados con diversas testimoniales que resultaron concordantes y esclarecedoras.

En el sentido señalado, resultó decisivo el testimonio de M. N. L., **madre** de la denunciante, que revalidó de modo concluyente las afirmaciones de A.F.G.L.

En concreto, narró una serie de episodios en los que visibilizó el contexto de violencia en la que se encontraba inmersa, tanto la víctima como su núcleo familiar, prácticamente desde el inicio de la relación afectiva con el acusado.

Al respecto debe destacarse que M. N. L. señaló que acudió en busca de ayuda para su hija y sus nietos y lo hizo en compañía de M. L. Q., **amiga de la víctima**, que narró detalladamente el modo en que el acusado controlaba y desplegaba maniobras de persecución sobre A.F.G.L.

Asimismo, relató que en varias ocasiones inútilmente llamó al 144 en procura de asistencia para denunciar la situación de violencia, aunque le respondieron que no se podía intervenir si no denunciaba directamente la implicada.

Este contexto fue confirmado por **los compañeros de trabajo** de A.F.G.L.: M. E. B., M. V. B., P. G. y A. M. R..

Esta situación de violencia psicológica fue refrendada **por los profesionales que asistieron psicológicamente a la denunciante**: tanto A. L. R., como V. F., A. Y., M. Ch., A. A. y M. F. dieron cuenta de la traumática relación que socavó la autoestima de A. G. y la colocaron en **una posición asimétrica** respecto de R. G..

De esta forma, y de la integral consideración de todos los elementos de prueba consignados, como también el contexto vivido entre víctima y victimario, comparto la conclusión de la jueza y, por ello, desde

mi punto de vista y por las razones que ofreceré, encuentro que la pretensión de la defensa se sostiene en una valoración parcializada de los elementos de convicción que, como ya lo sostuve, ha sido correctamente desvirtuada en la sentencia puesta en crisis.

El defensor formula su reclamo a través de afirmaciones que carecen de sustento en la causa, así cuando afirma que la víctima manipuló la información brindada en el debate (recurso, fs. 11), o que su asistido resultó humillado por la denunciante y que habitualmente su ex esposa lo denigraba (recurso, fs. 13); o que la denunciante contaba con **recursos emocionales e intelectuales como para oponerse a las supuestas exigencias del acusado**, de lo que la defensa infiere que A.F.G.L. al momento de los hechos no tenía una personalidad compatible con las víctimas de violencia de género (recurso, fs. 17).

En definitiva, esta estrategia defensiva dirigida a demostrar que la víctima no es confiable no puede ser receptada pues el defensor para sustentar sus afirmaciones, narra una serie de situaciones o acontecimientos que, por resultar ajenos al objeto procesal aquí investigado, no pueden tener acogida favorable, en tanto no constituyen circunstancias fácticas de contexto relevante.

De idéntica manera, la defensa formula observaciones en relación con la **violencia física, violencia sexual y económica tenida por acreditada**.

Así, en referencia a los abusos sexuales, relata que el primer hecho (...) fue consentido.

Al respecto señala que este último no estuvo viciado porque la víctima tenía recursos para negarse (recurso, fs. 26).

En esa misma línea de argumentación, refiere que la expresión supuestamente vertida por el acusado «yo voy a terapia si cogés conmigo» resulta atípica (recurso, fs. 27) pues no tuvo virtualidad suficiente como para doblegar el consentimiento de la víctima.

Sin embargo, considero que tal argumento debe ser rechazado por cuanto no se sustenta en las constancias de la causa.

Es decir, no existe elemento alguno a partir del cual sea posible vislumbrar que existía una voluntad libre en la víctima para la realización de los actos que se atribuyen al acusado.

Es que advierto que la crítica esgrimida por el recurrente obedece a una interpretación parcializada de cada uno de los elementos de prueba cuya valoración cuestiona, motivada en los intereses que representa, sin considerar el contexto vivenciado por la víctima.

Por ello el reclamo no logra conmover la labor de valoración de la prueba de la juzgadora en tanto no se verifica en el dictum arbitrariedad o falencia alguna. Idéntica estrategia ha formulado el defensor, respecto del segundo hecho reprochado a R. G., acaecido el... La argumentación planteada por el letrado, que según sus propias expresiones fue la desplegada durante los alegatos (recurso, fs. 28), niega la existencia del hecho y para ello ataca el testimonio de la víctima.

Destaca así la diferencia horaria y la confusión de la víctima que en el debate dijo que los hechos habían acaecido a las 9:30 horas aproximadamente, mientras que en la denuncia sostuvo que el episodio había sucedido los primeros días de febrero en horas del mediodía (recurso, fs. 29).

El agravio no puede prosperar en tanto la jueza de la instancia previa, acertadamente, dio cuenta de aquellas diferencias en el relato de A.F.G.L. y la consideración de todos aquellos elementos de juicio

periféricos a la declaración de aquélla le permitieron tener por acreditada la existencia y la modalidad del hecho reprochado, particularmente las declaraciones de M. V. B. y de la Lic. R. (ver fundamentos, fs. 20/26).

En lo relativo con la **arbitraria valoración de la existencia de violencia económica** por parte del acusado, previo a ingresar al análisis de los motivos de agravios, entiendo relevante destacar que el hecho investigado en los autos N° P-59.288/18, no ha sido discutidos por las partes durante el desarrollo del debate, centrándose la estrategia defensiva en la negación de la trascendencia penal del mismo.

En efecto, el **defensor sostiene que el caso fue un supuesto de incumplimiento contractual** por el no pago de las deudas contraídas, pago que en realidad sería, según entiende, más una obligación natural y moral que contractual, ya que fue hecha dentro de los límites legales respecto del uso de las extensiones de tarjetas crediticias no existiendo delito alguno (recurso, fs. 36).

Sobre ello debe decirse que todas estas apreciaciones defensivas, fueron debidamente abordadas por la jueza que, según surge de los fundamentos del fallo atacado, analizó cada uno de los presupuestos de la figura endilgada y tuvo por acreditada la estafa en perjuicio de A.F.G.L.

Así es posible constatar que la a quo de manera correcta tuvo debidamente probado que el acusado realizó una importante operación con las extensiones de sus tarjetas de crédito de la víctima, para la compra de pasaje y estadía en Cancún y de ese modo defraudó la confianza de la víctima.

El engaño **consistió en el uso subrepticio de las tarjetas y en el reparto del monto total en las tres tarjetas** empleadas a fin de que no fuera necesario solicitar autorización de la titular para realizar la compra.

En este tramo de la motivación la jueza realizó una **valoración conjunta y contextualizada de todas las circunstancias relevantes del caso**, es decir analizó los presupuestos típicos de la figura de la estafa, teniendo en cuenta que se trataba de una relación de pareja asimétrica, inmersa en una violencia crónica, que la víctima según lo afirmó el Dr. A., transitaba por un periodo abúlico, que la colocaba en una situación de sometimiento a la voluntad del acusado, con incapacidad para tomar decisiones, tales como cancelar las extensiones de las tarjetas de crédito que R. G. finalmente empleó mediante conductas engañosas provocaron el perjuicio patrimonial en A.F.G.L.

En concreto del relato de la víctima emerge claramente su enojo y la sorpresa al advertir que el acusado había utilizado las tarjetas en beneficio propio y no en interés de la familia como habían acordado. Por su parte, su abogada particular Insaurralde aclaró que dadas las características de A.G y dado el contexto de intromisión de R. G. «que iba a ver a los hijos a cualquier hora, incluso en la madrugada» le aconsejó a A.G. que diera de baja a las extensiones de sus tarjetas pero que A. no quiso hacerlo porque le generaba dejar a D. sin las tarjetas (fundamentos, fs 28).

En este sentido la jueza valoró particularmente extremos que quedaron acreditados no sólo con el relato de la víctima, sino también con el contenido del **dialogo de Whatsapp de fs. 313 «no se puede volver atrás, vos me rompiste el corazón, y por eso, yo atacé tu tarjeta y tu dinero» (fs. 30).**

Así, quedó acreditado el uso subrepticio de las tarjetas, el acusado abusó de la confianza de su pareja quién había autorizado el uso de esas tarjetas adicionales y acudió al engaño consistente en lanzar la idea del viaje conjunto y luego concurrió a espaldas de G. a contratar el viaje, también fue parte del engaño el

reparto del gasto total en las distintas tarjetas para asegurarse que la víctima permaneciera fuera de todo conocimiento de la operación.

Por todo ese marco circunstancial relevado, la jueza concluyó válidamente que el acusado abusó de la confianza dispensada por A.F.G.L. y utilizó sin su consentimiento, y a sabiendas de que él no pagaría el gasto consecuente, las extensiones de las tarjetas de crédito de las que era titular A.F.G.L. para adquirir para sí un paquete vacacional en Cancún, México.

De tal modo, la jueza de anterior instancia tuvo acreditados los extremos puntualmente constitutivos de la estafa: el abuso de confianza de R. G., el ardid o el engaño, el error y la disposición patrimonial perjudicial.

Según entiendo este tramo de los agravios también debe ser rechazado toda vez que la defensa técnica de R. G. despliega su estrategia, dando relevancia a ciertos elementos probatorios, sin la debida correspondencia con la totalidad de la prueba rendida y confrontada debidamente en el debate oral. Pretende así demostrar que la sentencia resulta arbitraria, pero lo cierto es que el aísla los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su análisis integral.

Por último debo señalar que tampoco considero arbitraria la determinación del monto de pena impuesto a R. G.. Ello en tanto el censurante sólo ha manifestado su reclamo, pero sin explicar las razones por las que estima que se ha concretado el agravio.

Más allá de ello, debe decirse que la **pena individualizada por la jueza, ha sido adecuadamente fijada, con la debida exposición de las razones que sustentan la decisión.**

En este sentido consideró como circunstancias agravantes que la apartaban del monto mínimo de la escala penal, la naturaleza humillante de algunos de los hechos cometidos, particularmente los actos de abuso sexual. Esto en tanto el acusado no sólo acometió contra la libertad sexual de A.F.G.L. –lo que es propio y característico de hechos de esa naturaleza– sino que rodeó esos hechos de otras acciones vejatorias (fs. 32).

Además, tuvo en cuenta que la pluralidad de los hechos justificaba un mayor reproche y también el apartamiento del mínimo de la escala penal. Como circunstancias atenuantes la magistrada de la instancia previa tuvo en cuenta que R. G. comenzó voluntariamente un tratamiento psicológico, lo que le permitió, de alguna manera, el control de su agresividad. Del mismo modo, estimó que el acusado tiene tres hijos de escasa edad, por lo que la responsabilidad que funda la paternidad constituía un verdadero aliciente para comprometerse con el proceso de resocialización (fundamentos, fs. 33).

Conforme lo señalado considero que en la sentencia cuestionada se han detallado de manera suficiente las circunstancias objetivas y subjetivas que fundamentan la individualización de la pena aplicada, de acuerdo a las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP.

Por todo lo expuesto, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Si bien comparto la solución que propone mi colega de sala al caso sometido estudio entiendo oportuno formular algunas observaciones en relación a la valoración probatoria y al contexto de violencia de género.

Entiendo que la jueza de anterior instancia, siguió los estándares internacionales en materia probatoria en hechos de violencia de género contra la mujer por razones de género, de manera tal que el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción del razonamiento. Debo poner de resalto que –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido p. tinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, M. Cecilia», entre otros).

En el orden nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, Analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. Así el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «**Galdeano Reyes**» que «[...] no puedo dejar de soslayar que Analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Considero necesario en esta instancia formular una aclaración en torno a la aplicación del principio in dubio pro reo, en atención a las locuciones vertidas por las partes en la audiencia de informe oral.

En ese sentido en el precedente «**R. Gutiérrez**» expliqué la vinculación entre la necesidad de aplicar perspectiva de género al Analizar casos, como el que aquí se examina, con el mentado principio. Al respecto, señalé que desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los

casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el principio señalado, como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». Así, en este entendimiento, entiendo preciso valorar que en el caso traído a estudio y en atención a las particularidades del ataque, el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, debe ser cuidadosamente Analizado y se le debe otorgar un lugar de privilegio en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez. En torno a la existencia o no de consentimiento válido por parte de la víctima, la jueza construyó su razonamiento desde una perspectiva de género otorgando de esta manera valor preponderante al relato brindado por aquélla, al que además consideró corroborado a partir de un análisis de los elementos periféricos del relato de la víctima. Al respecto he señalado en el precedente «Alaniz Pineira», en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Asimismo puse de resalto que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género». Respecto de esta forma de manifestación de violencia contra mujeres afirmé que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos Analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (Concha, Jesús). En este mismo sentido, Segato al Analizar el sometimiento del género femenino a las estructuras patriarcales jerárquicamente constituidas y la etiología de la violencia señala que «[...] aun cuando la apropiación del cuerpo femenino [...] se dé en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela. Este último [...] sigue estableciendo que las mujeres que no son propiedad de un hombre [...] son percibidas como propiedad de todos los hombres. En esencia, pierden su autonomía física y sexual». En este mismo contexto argumentativo refiere también

sobre «[...] la apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en condiciones de desprotección» (Segato, Rita L., **Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31**).

Conforme a ello, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, entiendo que la comprensión de estas estructuras subyacentes a los comportamientos que conformaron los hechos objeto del proceso, es lo que permite realizar una adecuada lectura del contexto de género en el que aquellos se desarrollaron. Ahora bien y, en relación al argumento de la defensa vinculado al supuesto consentimiento de la víctima, entiendo que ha quedado suficientemente desvirtuado en razón del análisis integral de los medios de prueba y en especial el relato de AFG. que dan cuenta del contexto de violencia sexual en que tuvo lugar el hecho. He señalado que advierto en la praxis judicial que una de las posibles defensas para un acusado de abuso sexual es referir el consentimiento de la víctima en el acto y, a tal fin se utilizan habitualmente argumentos con base en estereotipos de género al respecto la jurisprudencia interamericana los ha señalado como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, Caso G. y otras (Campo algodoner) vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401) o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el **precedente «G., Mauricio»** que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos». En otras palabras, entiendo que la introducción de tales presunciones importa la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por tal motivo, la promoción de igualdad implica que las autoridades judiciales lleven adelante su tarea de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

Del mismo modo, y con relación a la violencia económica sufrida por la víctima A.G., comparto las consideraciones formuladas por el ministro que lidera el voto preopinante. Al respecto, en anteriores pronunciamientos sostuve que «[...] la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación N° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas[...]». También entendí que «[...] la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual» (ver “Muñoz G.”). Cabe señalar que en el precedente referido, la víctima en aquella ocasión representaba el modelo estereotipado de mujer que sufre este tipo de violencia (mujer con escasos recursos económicos, ama de casa, entre otras características) dentro de una sociedad con una cultura marcadamente patriarcal, en donde la dependencia económica hacia el varón es real y, por ello, esta especie de violencia es más tangible o está más visibilizada, y es de más fácil constatación empírica. Lo contrario se puede apreciar –tal como lo destaca la jueza sentenciante– respecto de A.G., quien en apariencia, y ante un observador medio, representa el prototipo de mujer con un desarrollo personal e independencia económica. Es en estos casos, donde estas específicas estructuras de poder se expresan de manera más sutil y progresiva,

tornándose cada vez más agravante para la mujer y desencadenado, generalmente, en otros tipos de violencia, tal como aconteció en el presente caso. Por ello, tales situaciones necesitan por parte de los operadores del derecho, una mirada más sensibilizada para no reproducir prejuicios o prácticas estereotipadas que generen revictimización y contribuyan a mantener las estructuras desiguales de poder.

En este sentido, debo señalar que de acuerdo a lo referido por la jueza de la instancia anterior los organismos o mecanismos predisuestos por los distintos estamentos del Estado (línea 144, Dirección de la Mujer o la OAL) para detectar y prevenir la violencia contra la mujer no dieron una respuesta adecuada frente al intento de la madre y amigas de la víctima de buscar una solución a la violencia crónica que observaban respecto de A.G.

Ello bajo el pretexto de que no podían proceder si no contaban con la intervención directa de la interesada. Agregó la sentenciante que A.G. también hizo referencia a un episodio que tuvo lugar en el juzgado de familia donde concurrió junto al acusado y en donde le brindaron el mismo trato displicente. Entendió la jueza de la instancia previa –en razonamiento que comparto- que tales conductas implican desconocer la problemática de violencia de género, por cuanto quien «[...]es víctima de violencia de género padece procesos de naturalización y de adaptación a la violencia, que les impide y dificulta asumir una posición egodistónica (percibir que se está en armonía) **con los sentimientos y comportamientos que genera esa sumisión» (ver, fundamentos p. 10/11).**

Al respecto he sostenido que «[s]i bien nuestro país posee una variedad de instrumentos normativos, jurídicos y recursos de protección, no siempre garantizan la efectiva y oportuna protección a las mujeres víctimas de violencia. Ello deriva en que pocas mujeres acuden al sistema judicial para exigir la garantía de su derecho a una vida libre de violencia; y cuando lo hacen, son altísimos y diversos los impedimentos y requisitos que imposibilitan un acceso rápido, ágil y efectivo para lograr la protección de sus derechos» **(ver, Reyes Cotelezzi).**

En este sentido, la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer. En esta misma línea, art. 7° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley N° 24.632/96, en su artículo 7, estipula en tal sentido que los Estados Partes convienen en que deben: «b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», «d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad», y «f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos».

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa en el art. 2 que: «Los Estados Partes ...se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de

otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación». En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas[...]» (Recomendación general num. 35).

Se puede concluir de todo lo reseñado, que frente a un caso donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta indispensable que los operadores de los distintos poderes estén debidamente capacitados en la temática y realicen todas las acciones tendientes a detectar y prevenir la violencia de género, asegurando un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito en lo pertinente a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare M.**», «**Mejía Salvador**» y «**Zurita**», por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de D.I. R. G..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. J. V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. O. A. PALERMO Ministro

23- ARAVENA. 08-07-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=644>

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Víctima mayor de edad.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP). El SA era pareja de la víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación y cuestiona la valoración probatoria. Destaca las contradicciones de la víctima y la credibilidad subjetiva de su testimonio. Pondera que realizó la denuncia 6 años después de los hechos investigados.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

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

Precedentes citados.

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-05-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

- González y Otras (campo algodonero) vs. México

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

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05441687-8/1((028601-118167)) FC/ A. J. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105620193*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05441687-8/1, caratulada "F. C/ A. B. S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de J. A. A. B. interpone recurso de casación (fs. 190/199) contra la sentencia de fs. 180 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «en San Rafael, provincia de Mendoza, en Marzo o Abril del año ..., aproximadamente, J. A. A. se apersonó en el domicilio de la víctima R. J. R. F. –sito en calle... de esta ciudad–. La víctima cursaba aproximadamente un mes de embarazo y se recuesta por encontrarse descompuesta. J. A. se quedó comiendo con los hijos de R.. Alrededor de las tres de la mañana, aproximadamente, R. R. se despertó y A. se encontraba arriba de ella. Entonces R. le pide por favor que se salga porque seguía descompuesta, a lo que el imputado le manifiesta que se quedara callada y quieta, aprovechándose que por su estado (descompuesta) no pudo consentir libremente su acción, A. penetra a la víctima por vía vaginal» (f. 182 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones brindadas por la víctima, así como los de M. R. F., K. A. T. R. y C. M. T.; una carta manuscrita aportada por la víctima y su progenitora, el examen psicológico practicado por el Cuerpo Médico Forense, el testimonio de la Lic. Roxana López Dardanelli y el descargo del acusado.

Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de A. B. considera que tanto la selección de la prueba como la valoración efectuada de la misma por el sentenciante resulta no solo contradictoria, sino también arbitraria y parcial para tener por acreditada la autoría del hecho.

Solicita, en consecuencia, se absuelva a su defendido por el beneficio de la duda.

En apoyo de su tesitura realiza una crítica del plexo probatorio que objeta el valor dado al testimonio de la víctima, en tanto éste **se encontraría direccionado por su encono y descontento para con A. B. por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.**

Explica que R. presenta contradicciones en su relato que no han sido despejadas por el a quo.

Para quitarle valor a este testimonio, subraya, asimismo, que la denuncia se radicó seis años después de la supuesta comisión del hecho, periodo en el que fueron radicadas otras denuncias en contra del acusado.

La defensa también pone de relieve que A. B. era víctima de hostigamientos, amenazas, desvalorización y humillaciones.

Acto seguido, el recurrente critica la ponderación de los testimonios brindados por la madre de la víctima y las dos hijas más grandes. Respecto a la primera, alude que el tribunal omitió valorar discrepancias en cuanto a las circunstancias de tiempo en que tomó conocimiento del hecho y los pasajes de la declaración en que dejó entrever encono contra el acusado, pero no por los hechos denunciados en autos, sino por la falta de aporte económico para la manutención de la niña en común.

En cuanto a los testimonios de las hijas K. y C., señaló que la valoración del a quo resulta arbitraria y que también pasó por alto las contradicciones que encerraban.

Finalmente, tomando como punto de partida la declaración de la Lic. López Dardanelli, sostiene que la víctima pudo oponerse a la supuesta acción del encartado ni bien se despertó, omitiendo el tribunal de juicio considerar esta posibilidad.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 210/212).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

En concreto, explica que el magistrado sentenciante destacó que el testimonio de R. R. ostenta un valor fundamental y que, en casos de violencia sexual, los dichos de la víctima tienen especial relevancia para acreditar el hecho. Asimismo, niega que el tribunal haya omitido considerar eventuales contradicciones en las declaraciones tanto de la víctima, como de sus hijas y su madre.

Destaca, en otro orden de ideas, las tensiones existentes en la pareja y cómo estas han influido en el relato de lo vivenciado por la víctima. Respecto de la declaración de la Lic. López Dardanelli y sus implicaciones para determinar si la víctima pudo oponerse al hecho, afirma que esta se encontraba inicialmente en un estado de inconsciencia y que A. B. se aprovechó de esta circunstancia para llevar a cabo el ataque sexual y, que una vez que R. recuperó la lucidez, ya no pudo oponerse al abuso por la fuerza física que ejercía el autor sobre ella.

En último término, el Titular del Ministerio Público Fiscal pone de relieve que la demora en la denuncia de estos hechos radica, entre otros factores, en la vergüenza e incomodidad que significa exponer a terceros hechos que afectan a la persona en su fuero íntimo.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

Para la defensa es central atacar la validez del razonamiento de la a quo a partir de la **valoración del testimonio de la denunciante**.

Es que en él se encuentran las coordenadas claves de la arquitectura del hecho imputado a A. B..

La crítica relativa a la falta de credibilidad de la versión de la víctima se sustenta en que se encontraría motivada en un supuesto encono relativo a el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; en que no se explica por qué omitió denunciar el hecho inmediatamente fue cometido, en que durante el lapso transcurrido desde sucedido, R. R. realizó numerosas denuncias contra A. B. y, finalmente, en lo que serían hostigamientos y humillaciones sufridas por el acusado que no habrían sido ponderadas por el a quo. Bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como los fundamentos obrantes a fs. 182/188, entiendo que no se advierte, en el caso concreto, anomalías en el relato de la denunciante que hagan mella en la credibilidad de su testimonio.

En efecto, la especificidad del relato de la víctima en el marco de delitos tales contra la integridad sexual en relaciones de pareja, en las que se verifica una asimetría del varón para con la mujer, se explica debido a este especial contexto y lo traumático de tales experiencias.

En esta línea, de acuerdo a las constancias de la causa, que la denuncia se haya producido casi seis años después de cometido el hecho no es una circunstancia **que devalúe el testimonio de la víctima**, pues – como explica el a quo a fs.183 «ello obedece pura y exclusivamente a una serie de manipulaciones e intimidaciones por parte de A. hacia la Sra. R., que la colocaron en un estado de inhibición y temor, haciéndole sentir además que, si denunciaba, nadie le iba a creer el abuso sexual que había sufrido –tal como surge de su testimonio– generándole de esta manera un obstáculo psicológico para que formulara la denuncia con anterioridad; siendo además que la principal preocupación de la víctima durante todo ese tiempo fue la manutención de la niña que ambos tienen en común».

Dicho de otro modo, **la demora en la interposición de la denuncia por parte de la víctima no ha escapado al juicio del magistrado interviniente**, que ha dedicado un amplio tramo de la sentencia a explicarlo, tanto con base en las específicas circunstancias que rodearon al caso, como con base en las características generales de los delitos contra la integridad sexual en las relaciones de pareja (véase fs. 183/184).

A su vez, me parece importante no perder de vista que el testimonio de la víctima se encuentra avalado por otros elementos de prueba que sustentan la hipótesis acusatoria.

Me refiero al resultado de los exámenes psicológicos, así como las declaraciones brindadas por la madre de R. R. y sus hijas, las cuales dan cuenta tanto de la agresión, como de la credibilidad de su relato.

Como ya he desarrollado in extenso en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**», las posibles **contradicciones** en el relato de la víctima, así como **la demora** en la formalización de la denuncia, deben ser consideradas en cada caso analizado como un posible efecto clásico del ciclo de violencia de género en el que se encuentra inmersa la mujer, el que lógicamente influye en su testimonio, tal como ocurre en estos obrados.

Por ello, la interposición de la denuncia seis años después de cometido el hecho, así como la existencia de otras denuncias **contra el acusado o el encono de la víctima y su familia contra él**, correctamente ha sido desestimado por el tribunal de juicio como circunstancias que debilitaban la verosimilitud del testimonio de R. R..

En esta línea, se lee que «la denuncia, o mejor dicho la noticia criminis que diera origen a los presentes obrados aparece luego de varios años de ocurrido el hecho investigado puesto que durante todo ese periodo la Sra. R. Rios se ha sentido profundamente avergonzada por el hecho ultrajante al que había sido sometida, el cual además ocurrió delante de sus hijas e hijo y fue perpetrado nada menos que por el padre de su hija menor, teniendo luego que soportar humillaciones, hostigamientos y condicionamientos de parte de éste, con tal que accediera a abonarle la cuota alimentaria de la hija que ambos tienen en común; constituyendo todo ello un cúmulo de obstáculos psicológicos que le impidieron denunciar con anterioridad el abuso sexual que había padecido años atrás» (f. 183 vta.).

Así, el resto del plexo probatorio habla a favor de la **existencia de los abusos**. Conforme con ello, entiendo que el recurrente insiste en la nulidad de la sentencia por la nulidad misma, permaneciendo su argumentación en un nivel de abstracción que no consigue integrarse con elementos concretos que ameriten modificar la solución dada por el juez interviniente al caso sometido a decisión.

Finalmente, corresponde descartar el agravio relativo a la posibilidad de defensa que habría tenido la víctima una vez que recuperó su lucidez. Conforme su relato, ella se encontraba en la cama recostada porque se encontraba descompuesta y, cuando se despertó, se encontró al acusado sobre ella. El recurrente sostiene que, en este momento, R. R. podría haber interrumpido la agresión. Toma para ello como punto de partida los dichos de la Lic. Dardanelli, según los cuales el estado en que se encontraba R. R. al momento del ataque sexual era transitorio y reversible y hubiese podido repeler la agresión de haberlo querido, de igual modo que podría haber pedido auxilio a sus hijas.

Sin embargo, en contra de esta objeción, entiendo que el razonamiento del juez es correcto.

Ello en tanto el magistrado sentenciante destaca que A. se aprovechó del estado de inconsciencia de la víctima, sólo para ingresar al dormitorio, retirar al niño de la cama e introducirse él, y que a partir del momento en que R. R. recuperó la vigilia, el imputado se valió del empleo de fuerza física para vencer su voluntad y resistencia, inclusive tapándole la boca e inmediatamente consumado el abuso, se retiró del domicilio (véase fs. 186 vta.).

Por lo que las posibilidades de repeler a la agresión fueron mínimas, cuando no nulas, con base en la específica forma de ejecución del hecho.

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. Por estas razones, la primera cuestión planteada debe responderse negativamente. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**» y «**Vázquez Tumbarello**», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de A. B..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas **en torno a la valoración de los elementos de prueba** en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)» (Concha, Jesús).

En otro orden, y en relación al supuesto consentimiento prestado por la víctima sugerido por el censurante, ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho. No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, **Caso González y otras (Campo algodónero) Vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401**)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el **precedente «González»** que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una **investigación diligente y guiados** por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados

a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 189/199 por la defensa de J. A. A. B. y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 180 y vta..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

24- LUCERO ORTEGA. 08-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Vinc	NNA	Arm	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=666>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. d y art. 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Arma. Concurso real. Número indeterminado de hechos. Testimonio de la menor. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión** por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por ser ultrajante y por el uso de arma en concurso real por haberse cometido en un número indeterminado de hechos (art. 119, párrafo segundo en función del párrafo cuarto, inc. "d" y art. 55, todos del CP). El SA es encargado de la limpieza del edificio donde vivía la menor víctima.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Sostiene que el tribunal de juicio se ha mostrado «impermeable» a la declaración de la psicóloga propuesta por la defensa, quien durante el curso del debate sostuvo que en el acusado no se observaron indicios de trastornos de índole sexual, pérdida de control, vanidad, ni manipulación. Añade que el allanamiento tuvo resultado negativo respecto del arma.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1252, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CIDH

- Bulacio c/ Argentina. 18-09-03:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

Doctrina citada e informes:

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17. CIDH.

Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148. CIDH.

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

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05421141-9/1((018602-94741)) FC/ LUCERO ORTEGA JULIO GODOFREDO P/ ABUSO SEXUAL... (94741) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105598044*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05421141-9/1 caratulada "FC/ LUCERO ORTEGA S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica de J. G. L. O. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1252 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por ser ultrajante y por el uso de arma en concurso real por haberse cometido en un número indeterminado de hechos (art. 119, párrafo segundo en función del párrafo cuarto, inc. "d" y art. 55, todos del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. OMAR PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditados los hechos narrados en el requerimiento fiscal de citación a juicio, según el cual «en fechas y horarios no precisados, aproximadamente desde el mes de... y hasta los primeros días del mes de... en horario de la mañana y hasta aproximadamente las 14:00 hs. en reiteradas oportunidades, L. J. G., encargado de la limpieza del edificio ubicado en calle... de Ciudad, es que obligó a la niña M.A.J. (nacida para fecha...) a ingresar a un departamento de dicho edificio y al zaguán del mismo, en donde la amenazó con un arma de fuego, introdujo su mano por debajo de la remera, le tocó los pechos, sus glúteos, dándole besos, como así también en una oportunidad se bajó sus pantalones y le exhibió el pene, manifestándole que si le decía algo a sus padres los iba a matar. Asimismo, J. G., para fecha no precisada, pero ocurrido entra las ut supra mencionadas, tocó los glúteos de la niña R.B.J. (nacida para fecha...) a quien también besó, como así le manifestó que si le contaba a alguien iba a matar a sus familiares» (f. 6).

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró las declaraciones de las niñas M.A.J. y R.B.J.; el descargo del imputado; los dictámenes psicológicos y las declaraciones realizadas por profesionales Dr. Agasso, Lic. Mathus, Lic. Villarreal y Lic. Rezinovsky; las declaraciones de A. T., P. V., M. J.; así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de J. G. L. O. interpone recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el art. 474 inc. 2 del CPP.

En primer término, la defensa critica, con base en un fallo de la Sala III del Tribunal de Casación penal de la provincia de Buenos Aires, el peso probatorio de los dictámenes realizados por los psicólogos intervinientes en el razonamiento del juez de la instancia previa que derivó en la condena de su defendido.

En este sentido, advierte que estos profesionales no pueden afirmar «si el niño dice la verdad o no, o en su caso, manifestar cómo sucedieron los hechos» y agrega «el juzgador debe valorar[los] con mayor restricción al posicionarse frente al principio de inocencia».

En segundo término, sostiene que el tribunal de juicio se ha mostrado «impermeable» a la declaración de la Lic. Florencia Rezinovsky (psicóloga propuesta por la defensa), quien durante el curso del debate sostuvo que en el acusado no se observaron indicios de trastornos de índole sexual, pérdida de control, vanidad, ni manipulación.

El recurrente, asimismo, objeta que no se haya valorado a favor de la existencia de una duda razonable sobre la materialidad del hecho que esta profesional declaró que el duelo por la muerte de un familiar podría generar efectos similares en los niños a los producidos por un abuso sexual.

Finalmente, en tercer lugar, el letrado defensor pone de relieve que el allanamiento practicado en el domicilio de L. arrojó resultado negativo en orden a la existencia del arma de fuego con el que habría amedrentado a una de las niñas para llevar a cabo el abuso sexual.

Con base en estas consideraciones, la defensa concluye que no se ha alcanzado el estado de certeza necesario para dictar un pronunciamiento condenatorio. Así, a partir de lo que sería un estado de incertidumbre invencible, solicita se absuelva a su representado. Realiza reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Tras exponer los agravios de la defensa, en el marco del recurso formulado contra la sentencia condenatoria de J. L., el Procurador General sostiene que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y que debe confirmarse la condena recurrida.

En este orden de ideas, pone de relieve la relevancia de la declaración de la víctima en los delitos contra la integridad sexual y su valor, junto con los informes psicológicos, al efecto de probar la existencia del hecho.

Acto seguido, hace referencia a las especificidades de las declaraciones de las niñas víctimas en este caso concreto y el contenido de los dictámenes que verificaron su credibilidad.

También sostiene que es irrelevante el hecho de que no se haya encontrado el arma de fuego que describen las niñas, en tanto esta pudo ser descartada por el acusado en cualquier momento previo al allanamiento.

El titular del Ministerio Público Fiscal concluye que no existe inobservancia alguna de normas que pudieran acarrear la nulidad del acto y, por ende, corresponde confirmar la sentencia puesta en tela de juicio.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la primera cuestión planteada considero que, por diversas razones, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

Esto en razón de que, como seguidamente explicaré, en concreto, estimo que no se han vulnerado las reglas que rigen la valoración de la prueba en los casos de delitos contra la integridad sexual. La defensa sigue una triple estrategia argumentativa que se mantiene en el nivel de la valoración de la prueba y ataca la ponderación los dictámenes que verificaron la credibilidad de los testimonios de las niñas, objeta la valoración del trabajo realizado por el perito de control y sostiene que el resultado negativo del allanamiento, respecto del arma de fuego que califica uno de los abusos, sería una prueba de su inexistencia.

Todo ello, con el fin de sostener que no se ha alcanzado el grado de convicción necesario para condenar a su defendido.

Dicho esto, corresponde en primer lugar analizar los argumentos defensivos tendentes a desacreditar el valor de los informes realizados por los profesionales que intervinieron al efecto de analizar las características del relato de las víctimas en Cámara Gesell y determinar su credibilidad.

El recurrente explica, con base en la referencia a un fallo del Tribunal de Casación penal de la provincia de Buenos Aires (Sala III), que en casos de abuso sexual contra niños y niñas un perito no puede declarar si estos dicen o no la verdad o, en su caso, cómo sucedieron los hechos.

Ello en tanto, el perito es un testigo no presencial que declara con base en sus conocimientos técnicos y, por ello, el juzgador debe valorar la prueba con mayor restricción para respetar el principio de inocencia.

En términos generales, el argumento defensivo postula que los dictámenes de los profesionales intervinientes que han analizado con base en las reglas de la psicología la credibilidad del testimonio de las víctimas niñas, no pueden determinar por sí mismos si los hechos existieron, o no, en la realidad.

Bien, respecto de este argumento defensivo, formulado en abstracto, entiendo que no es erróneo, pues la evaluación psicológica del relato de las víctimas, debe realizarse con especial prudencia por parte del juzgador.

Ahora, si bien es cierto que los exámenes psicológicos practicados a las víctimas son una prueba más que debe ser valorada en orden a la determinación de la existencia de la plataforma fáctica que constituye la acusación, no es menos cierto que, en los casos de abusos sexuales contra niñas, estos exámenes requieren una especial aproximación precisamente por tratarse de delitos que afectan la integridad sexual cometidos de personas con doble condición de vulnerabilidad: por ser mujer y por ser niñas. Es decir, se trata de una doble especificidad.

Por otro lado, no debe perderse de vista la relación de los testimonios de las víctimas con el resto del plexo probatorio.

Respecto de lo primero, esto es, si el magistrado interviniente ponderó que los hechos contra la integridad sexual –usualmente llevados a cabo aprovechando el autor la intimidad, al margen de la existencia de

terceros testigos—, se llevaron a cabo contra niñas al momento de los hechos, esto surge de diversos tramos de la sentencia.

Por ejemplo, a fs. 57 el juez de la instancia anterior señala que «dada la especial naturaleza de los hechos objeto del proceso, cobra particular relevancia la necesidad de un muy meditado análisis de los dichos de las víctimas, pero además y fundamentalmente, tomar muy en cuenta el valor de la prueba científica. Para lo primero resulta de particular relevancia el hecho de que ambas menores hayan declarado en Cámara Gesell, es decir, sus dichos han sido recibidos en un especial ambiente y frente a personal técnico. Todo ello garantiza no sólo la protección de las víctimas frente a una nueva victimización, sino que aporta valor a los testimonios de ese modo recibidos.

Para lo segundo, es decir, el valor de la prueba científica, no cabe duda alguna que en los últimos decenios, los avances de la psicología y las ciencias jurídicas han aportado enormes beneficios en lo atinente a la situación de los menores víctimas de abuso sexual.

En este aspecto puede señalarse que diversos estudios han permitido determinar con mucha precisión las reacciones de menores frente a las agresiones sexuales, permitiendo dotar a sus dichos de mayor valor y relevancia, estableciéndose diversos protocolos al respecto».

El párrafo anterior es relevante, en tanto de él se derivan las reglas de valoración que utilizó el tribunal de juicio para ponderar las declaraciones de las niñas en Cámara Gesell y los dictámenes y declaraciones testimoniales que se refieren a ellas en el campo científico.

A su vez, debe destacarse que el juez hizo referencia a los Tratados Internacionales y Convenciones que estatuyen los derechos de niños y niñas, así como a la perspectiva de género que debía atravesar el análisis de los casos cuando las víctimas son mujeres.

En relación con sobre última cuestión considero oportuno remitirme, en lo pertinente, a los precedentes «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador», donde referí los lineamientos que deben ser respetados al efecto de valorar los testimonios de las mujeres víctimas de delitos.

Por otra parte, debe señalarse que el magistrado sentenciante aplicó las reglas empíricas, de la lógica y la ciencia, en la valoración de los informes y testimonios de los profesionales que analizaron las declaraciones en Cámara Gesell de las niñas M.A.J. y R.B.J.

Así, a fs. 59 el magistrado sentenciante estimó que los psicólogos intervinientes concordaron que las niñas brindaron un relato de los hechos que, por ser claros, preciso, concordantes y persistentes, ostentaban un alto grado de credibilidad.

En particular, M.A.J. expuso en su declaración en Cámara Gesell que el encargado de limpieza del edificio vecino al domicilio en el que residía, al que individualizaron junto con su hermana R.B.J. como “G.” o “G.”, y a quien veían diariamente limpiar en el edificio, comenzó a hacerlas jugar con él a limpiar. Asimismo, la niña sostuvo que aquél después comenzó a besarlas, haciéndolo en la comisura de la boca, cosa que a ellas no les agradaba.

Además, expresó que a R.B.J. la encerraba en un cuarto del edificio, así como que a ella le tocó los glúteos, la vagina y los pechos.

Respecto de esta declaración, tanto los profesionales intervinientes, como el juez sentenciante, pusieron el foco en los detalles que la dotaban de credibilidad (véase in extenso, fs. 57 vta.) tales como las amenazas que el acusado le profería respecto de matar a sus padres, exhibiéndole, en una ocasión, un arma de fuego pequeña.

El desagrado de M.A.J. por los abusos quedó patentizado –a entender de los psicólogos y el juez de la instancia previa– cuando dijo que debido a que en una ocasión le tocó los pechos y pretendió desabotonarle la camisa que llevaba, al llegar a su casa, la niña desechó la prenda. Estos detalles, al ser espontáneos, derivados del recuerdo y no poder ser aprendidos o sugeridos de terceros, acertadamente, fueron valorados como notas de credibilidad por el juez sentenciante. Por su parte, corresponde señalar que en el mismo sentido de M.A.J. declaró R.B.J. respecto de los tocamientos, abusos y amenazas.

Así, debe señalarse que no existen dudas de que los dictámenes y las declaraciones del Dr. Agasso y la Lic. Mathus han sido correctamente ponderadas por el juez de la instancia previa de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional.

Y no debe perderse de vista que estos elementos de prueba, a su vez, se encuentran respaldados por el resto del plexo probatorio, el cual verifica la existencia de los abusos, así como la autoría de J. L.. Respecto de estos elementos adicionales que permiten fundar la declaración de responsabilidad sobre el acusado, cabe mencionar las declaraciones testimoniales de la vicedirectora y la directora de la escuela a la que asistían las menores –las cuales explicaron cómo tomaron conocimiento de los hechos–, así como el relato de la madre, la prima y la tía de las niñas.

A la inversa, la hipótesis defensiva no encuentra asidero. En efecto, el juez sentenciante analizó pormenorizadamente el descargo del acusado, según el cual explicó que fue denunciado porque tomó conocimiento de que la madre de las niñas, viuda, tendría un novio que incluso convivía con ella.

Respecto a esta versión de los hechos, el juez estimó que es inverosímil, tanto por el sesgo moralista que la atraviesa, como por la circunstancia de que la madre se enteró del hecho, no por las niñas, sino por la directora y la vicedirectora del establecimiento educativo al que concurrían las niñas (A. T. y G. L.), quienes sostuvieron que éstas le contaron el hecho espontáneamente y, posteriormente, se le dio aviso a la madre.

Resta entonces analizar si, frente a este cuadro probatorio que, según el juez de la instancia previa, verifica la existencia de la plataforma fáctica que constituye el caso de la acusación, existen otras pruebas que conducirían a la inocencia de J. L. o, al menos, a evaluar la existencia de una duda razonable que obligara a absolverlo con base en el beneficio de la duda.

En esta línea, la defensa sostiene que existen dos pruebas que no han sido debidamente valoradas por el magistrado sentenciante: la declaración de la Lic. Rezinovsky y el resultado negativo del allanamiento tendente a encontrar el arma de fuego mencionada por M.A.J.

Valoración del testimonio de la psicóloga de parte.

Respecto del testimonio brindado por la Lic. Rezinovsky cabe decir que sus consideraciones puntualizadas en el recurso defensivo vinculadas a que «no se observaron indicios de trastornos de índole sexual, pérdida de control, vanidad, ni manipulación» y que «el duelo por la muerte de un familiar puede dar similitudes a la que produce un abuso sexual», no poseen la entidad como para hacer decaer el razonamiento del juez de sentencia.

De hecho, esta cita es insuficiente como para fundar la toma de postura de la defensa, más aún cuando no existen otros elementos de prueba que avalen la hipótesis de la inocencia.

En efecto, correctamente el juez recordó, respecto de la declaración de la Lic. Rezinovsky, que esta profesional concordó plenamente con sus colegas respecto del cuadro psicológico presentado por el imputado y por las niñas víctimas y sólo agregó que los rasgos de personalidad de J. L. no conducían necesariamente a llevar a cabo un abuso sexual.

Aporte que, a la luz del cuadro probatorio inequívoco supra referido, no es crucial para hacer lugar al planteo defensivo

En este orden de ideas, tampoco conmueve la tesitura de la acusación, dada por probada por el tribunal de juicio, que el resultado del allanamiento practicado en el domicilio de J. L. arrojara resultado negativo respecto del arma de fuego con la que amenazó a M.A.J.

Esta objeción fue correctamente refutada en la sentencia condenatoria cuando el juez de la instancia previa explicó que «la falta de secuestro del arma y el hecho de que no fuera encontrada en el allanamiento, cosa destacada por la defensa, teniendo en cuenta el grado de credibilidad que he otorgado a los dichos de las víctimas carece de relevancia exculpatoria. Indudablemente, un allanamiento producido días después del develamiento de los hechos y de la denuncia, difícilmente podía dar lugar al hallazgo del arma» (f. 60).

En conclusión, entiendo que el tribunal ha valorado adecuadamente los informes psicológicos y las declaraciones de los profesionales que intervinieron en la causa, al efecto de dar cuenta de la credibilidad de los testimonios de las niñas víctimas de los abusos.

Por estas razones, la primera cuestión planteada debe responderse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación con la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Vega**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**», «**Di Césare**», «**Zurita**» y «**Vázquez Tumbarello**», entre otros.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de L. O.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una

de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que existe un estado de incertidumbre invencible que impide sostener la sentencia que cuestiona, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de niñas, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por las víctimas, ponderó todos los

elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para las víctimas y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el Caso Bulacio c/ Argentina, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, "Caso Bulacio c/ Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N 100. Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica de J. G. L. O. y confirmar la sentencia N° 1252, originaria del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación incoado por la defensa oficial de J. G. L. O. a fs. 67/79 y confirmar la sentencia N° 1252, originaria del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

25- ZARATE CORIA. 29-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-1°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=643>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párr. inc. b del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Víctima menor. Concurso real. Vínculo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo –dos hechos en concurso real– (art. 119, 2° párrafo en función del 4° párr. inc. b) del CP. El SA es progenitor no conviviente de las niñas menores víctimas. Una de ellas de 4 años de edad.

La **defensa** interpone recurso de casación. Estima que los testimonios de las víctimas se encuentran influenciados o direccionados por su tía, la denunciante, con el fin de perjudicar al acusado. Indica que otro sujeto vivía con las niñas. Sindica como autor del hecho a otro sujeto.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1367, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles.
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf

- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

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

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05431348-3/1((018601-23765)) F. C/ Z. C. J. M. S. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO (23765/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105608875*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05431348-3/1, caratulada "F. C/ Z. C. Y OTS. S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de J. M. S. Z. C. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia N° 1.367 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a diez años de prisión al nombrado como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo –dos hechos en concurso real– (art. 119, 2° párrafo en función del 4° párr. inc. b).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado que «en fecha no determinada pero durante el curso del año 2015, en el domicilio sito en ... J. M. S. Z. C., aprovechando la ocasión en que su hija menor de edad [A.Z.], se encontraba bañándose, ingresó al baño se bajó el calzoncillo, le agarró su mano y la obligó a masturbarlo, eyaculando en presencia de la víctima» (causa N° P23.765/18).

Por su parte, en el marco de los autos acumulados N° P-875/19 tuvo por acreditado que «en fecha no determinada, pero entre el 5/1/2017 y el 30/11/2017, cuando la niña [M.Z.] tenía cuatro (4) años de edad, en ocasión de encontrarse en una habitación del domicilio sito en..., Ciudad, Mendoza, su padre, J. M. Z. C., mientras ella estaba acostada, se metió en la cama en donde estaba la niña, le tocó la vagina por debajo de su ropa y le apoyó su pene en la vagina de la niña causándole dolor».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios de las víctimas practicados mediante el método de Cámara Gesell, la declaración del acusado, la declaración de la denunciante M. A. de J. M. M., los informes practicados por los organismos estatales intervinientes, así como la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica interpone recurso de casación en razón del art. 474, inc. 1 del CPP. Ello, por entender que la prueba de cargo ha sido erróneamente valorada.

En primer lugar, sostiene que los testimonios de las víctimas se encuentran influenciados o direccionados por la denunciante, M. M., con el fin de perjudicar al acusado.

Con el mismo temperamento, critica el testimonio de M. M. como cargado de emociones y sentimientos encontrados.

Explica, en segundo lugar, que a la fecha de los hechos el acusado no vivía con sus hijas y, por último, postula que el autor de los hechos sería «un tal C.».

Finalmente, realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal, después de resumir el planteo defensivo, considera que el recurso es procedente desde el punto de vista formal, pero debe ser rechazado sustancialmente. En esta línea, sostiene que la sentencia no se encuentra contradictoriamente motivada y, por el contrario, el planteo defensivo es infundado. En apoyo de esta tesitura, realiza un ordenado recorrido por cada una de las pruebas de cargo, las cuales valida en orden a la hipótesis defensiva planteada por la fiscalía. El Procurador concluye entonces que la resolución recurrida debe ser confirmada y rechazado el recurso casatorio impetrado. Todo ello, conforme no se advierte contradicción en la valoración de la prueba llevada a cabo en las causas acumuladas.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria. La defensa sostiene que no se encuentran debidamente acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, así como la autoría del imputado. Su argumentación gira alrededor de la hipótesis según la cual el relato de las víctimas menores de edad ha sido influenciado y direccionado por su tía, M. M..

A partir de esta idea, pone en duda la declaración de esta última testigo, al mismo tiempo que deriva consecuencias valorativas críticas respecto del peso que se le ha dado a la declaración de Z., así como a las manifestaciones de M. L. y la madre del acusado, E. M. C. De acuerdo a su visión de los hechos un tercero de nombre «C. O.» sería el posible autor de los abusos, en caso de haber existido éstos.

Pues bien, resumido el planteo defensivo es posible advertir que la estrategia argumentativa discurre por dos flancos. El primero, relativo al valor del testimonio de las víctimas, al que se une la crítica al testimonio de M. L. como persona que estaría manipulando a las niñas para que señalaran a Z. como responsable de los abusos.

En este primer tramo, de lo que se trata es de atacar la hipótesis acusatoria en tanto no acreditada.

En segundo término, el recurrente reitera la hipótesis defensiva que busca situar a Z. fuera del lugar de los hechos a partir de una revalorización de su descargo. Aquí de lo que se trata es de generar una duda razonable. Pertenece a esta segunda línea argumentativa la idea de que no hayan sido colocadas en un lugar central las manifestaciones de M. L. y la madre del imputado, así como el desplazamiento de la responsabilidad de los abusos, de haber existido, a un tercero distinto del autor llamado «C. O.».

Dicho esto, comencemos analizando la hipótesis acusatoria y el razonamiento llevado a cabo por el tribunal de juicio al momento de validarla al efecto de proceder a la condena del imputado. Se trata de dos causas acumuladas que tienen como único autor al acusado: la N° P-23.765/18 y la N° P-875/19. Ambos hechos fueron calificados como abusos sexuales gravemente ultrajantes; en el primer hecho, se le atribuye a Z. el haber obligado a la niña A.Z., mientras se bañaba, a masturbarlo, eyaculando en su presencia; en el segundo hecho, se le imputa haber tocado en la vagina a la niña M. mientras dormía y haber apoyado su pene en su vagina causándole dolor. La plataforma fáctica es diseñada a partir de los testimonios que ambas niñas prestaron en Cámara Gesell y, después de compulsar las presentes actuaciones, entiendo que los mismos no sólo son verosímiles respecto de la existencia de los hechos y la autoría del acusado sino que, a su vez, han sido correctamente colocados en un lugar central en tanto pruebas de cargo.

Respecto del testimonio de la niña A.Z., el mismo fue considerado creíble por el a quo, tanto por la forma del relato –la niña refiere que le contó a la madre que mientras ella se estaba bañando entró su padre, le agarró la mano e hizo que lo masturbara, luego de lo cual aquél se habría **hecho “pis”**– así como por el resultado arrojado por los informes remitidos por los expertos en abuso sexual pertenecientes al E.De.A.A.S. quienes, en una entrevista preliminar a A.Z., consignaron el primer relato directo de la niña, en relación a los hechos que habían sido denunciados, sosteniendo que su papá le hizo tocar la parte íntima. En tal oportunidad también se expidieron sobre la aptitud psíquica de A.Z. para prestar declaración bajo la modalidad de la Cámara Gesell (f. 53).

Como culminación de la entrevista realizada a A.Z. los profesionales del **E.De.E.A.A.S.**, practicaron un examen psíquico en el que concluyeron, en torno a la credibilidad del relato, que al momento de referirse al episodio sufrido de parte de su padre brindó **detalles de situación y de contexto**.

A la vez, pusieron de manifiesto que ellos **no advirtieron –en contra de lo postulado por el recurrente– que el relato estuviese influenciado por factores externos**, todo lo cual le otorgaba credibilidad a la versión de la niña (ver fs. 269).

De ese modo concluyeron que existían indicadores específicos de Abuso Sexual Infantil (ASI), en atención al relato que efectuara y el correlato emocional que presentaba, como así también al advertir indicadores de maltrato infantil crónico, falta de sostén, escasez de recursos para auto-protegerse y vulnerabilidad. Se aclaró que éstos indicadores podían estar vinculados tanto a situaciones de maltrato infantil como a situaciones de abuso sexual.

Advirtieron la ausencia de indicadores de influencia externa e indicaron, como información relevante, que A.Z. presentaba, también, indicadores de desconfianza hacia el entorno y de desvitalización que podrían estar vinculados con las reiteradas situaciones de maltrato físico y abandono por parte de figuras significativas.

Después de las tres instancias de entrevistas, los profesionales concluyeron que «el relato de A.Z. era creíble y fiable» y a fs. 269 vta. se sostuvo la confiabilidad de sus dichos. Estos elementos fueron adecuadamente valorados por el a quo y su conclusión es clara cuando afirma que «desde un primer momento A.Z. se ha manifestado en forma clara, precisa y concordante respecto al acometimiento sexual, del que fue víctima, por parte de su padre y, en términos generales, ha mantenido ese mismo relato, en lo sustancial, a través del tiempo y en las diversas instancias y oportunidades en las que participó y le tocó exponerlo» (punto 24.- de los fundamentos).

Respecto de la niña M.Z.G., **la solidez de la prueba de cargo** tampoco ha conseguido ser puesta en duda por la defensa.

A fs. 4 luce constancia de la realización de una audiencia bajo la modalidad de Cámara Gesell y a fs. 5/8 el acta de transcripción de la misma.

En esa oportunidad M.Z.G., entrevistada por las profesionales Marcia Pelegrina y Marisa Fusari, sostuvo que su papá la tocó.

Al especificar la situación, señaló que: le bajaba los pantalones y le tocaba las partes íntimas, el «chocho» y el «culo»; que el «pito» sería lo de abajo; que aquello pasaba cuando ella dormía; que ella se ponía «roja como un tomate»; que lo sucedido pasó una sola vez; que a su papá lo llaman «F.»; y que esto se lo contó a la tía M. M..

Este relato fue también acertadamente considerado como confiable y verosímil por el juez de la instancia anterior. Ello, en la medida en que los profesionales del EDeAAS, al practicar el examen psíquico de fs. 62, concluyeron en calificar de ese modo a los dichos de la niña.

En efecto, el resultado de la entrevista realizada a la niña por el Dr. Agustín Agasso y la licenciada A. Riveros, con posterioridad a la celebración de la Cámara Gesell, les permitió aseverar que las características de sus dichos y el correlato emocional que lo acompañaban le otorgaban credibilidad a los mismos. Así lo resaltó el juez sentenciante: «La licenciada en Psicología Marisa Fusari fue enfática en calificar el relato como confiable. Hay aportes senso perceptivos.

Existe absoluta coherencia entre la Entrevista Preliminar, la Cámara Gesell y la pericia psicológica posterior» (véase apartado 16.- de los fundamentos). Por su parte, también fue contundente, y así lo ponderó el juez a quo, la declaración de la denunciante, M. M., quien declaró tener a su cargo a los cuatro hermanos (entre ellos M.Z.G. y A.Z) y convalidó los dichos de las niñas y dio detalles sobre cómo tomó conocimiento de ellos. Esto, sin advertir, correctamente a mi juicio, indicios que permitan sospechar de su parcialidad. En efecto, M. M., expresó en la audiencia de debate que A.Z. le comentó lo de los abusos. Primero habló de C. O.. Después refirió que el padre se metió en el baño y le hizo tocar sus partes íntimas. Ella se comunicó con la línea telefónica “102” y con la OAL. Agregó que ella notó mal a la niña y que le preguntó qué le pasaba y ésta le dijo que tenía miedo. Además, refirió que ni A.Z. ni M.Z.G. hablaban al principio. Entonces, al enterarse de lo que había ocurrido fue a hablar con la madre de su ex pareja, E. M. C., madre de J. M. S. Z. C..

Ésta se alteró por lo de C. O., pero con respecto a su hijo negó que pudiese ser capaz de eso y le dijo que ella no había visto nada. Respecto de esta declaración, el magistrado sentenciante en el punto 29 de los **fundamentos descartó cualquier «fin espúreo»** que podría perseguir para inducir a A.Z. o a su hermana M.Z. a realizar manifestaciones de tal gravedad en contra de Z.. La testigo agregó, específicamente respecto de los hechos de los que fuera víctima la niña M.Z.G, que un día domingo estaba jugando en un dormitorio de su casa con sus hijos y, al quedarse callados se acercó a ver qué sucedía y al acercarse a M.Z.G. advirtió que se estaba subiendo los pantalones y al preguntarles qué estaban haciendo la niña comenzó a llorar.

Agregó que su hijo escuchó lo que dijo M.Z.G en relación con los abusos que sufría por parte del imputado y se lo comentó. Así, respecto del segundo hecho atribuido al acusado entiendo que la conclusión del a quo también luce acertada al tener por acreditados con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria la plataforma fáctica llevada a juicio por la fiscalía en el marco de los autos N° P-875/19.

A lo cual, debe agregarse que estos hechos, así como los enmarcados en los autos N° P-23.765/18, no han permanecidos ajenos a la perspectiva que las circunstancias del caso imponen.

Es decir, como bien señala el juez de sentencia, que «se trata de un acometimiento sexual del que ha sido víctima una niña de corta edad, todo lo cual conlleva necesariamente a abordar el tema desde la perspectiva de género, por ser mujer y desde su consideración de niña, atento su edad, situaciones amparadas no solamente por la legislación nacional sino internacional» (véase punto 13.- de los fundamentos).

Específicamente, en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, me remito en lo pertinente a las consideraciones vertidas en «**Galdeano Reyes**», «**Concha, J.**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros.

En otro orden de ideas, no se advierte error alguno en el análisis de la hipótesis defensiva a la luz de la prueba de cargo, en especial con base en las declaraciones de la madre del acusado, ni de su cuñada. En efecto, en los puntos 14 y 15 de los fundamentos de la sentencia el magistrado sentenciante realizó un

desarrollo pormenorizado de sus testimonios, haciendo hincapié en sus puntos centrales. Ambas declaraciones, negaron la existencia de los hechos, así como su autoría. Sin embargo, el juez descreyó de ellas al advertir contradicciones. Algunas de las cuales llevaron a la realización de un careo entre E. M. C. y L. A. C., en relación con la presencia de Z. en la vivienda del Barrio..., lo que llevó a ambas a concluir que el acusado vivía en la vivienda al momento de los hechos. Así, el escaso valor de estos testimonios condujo, acertadamente a mi modo de ver, a descartar la versión brindada por el acusado en tanto él sería ajeno a los abusos que se le atribuyen (el análisis pormenorizado de su explicación se encuentra en el punto 31.- de los fundamentos).

Dicho esto, finalmente corresponde descartar la posibilidad de que la sentencia devenga nula en tanto el autor de los abusos sería un tercero de nombre «C. O.». Si bien este nombre surge de la declaración de la niña, ello no es suficiente ni contradice la existencia de los abusos por parte de Z.. Esto en tanto la niña A.Z. fue clara al afirmar que se trataba de dos hechos diferentes los que tendrían como autores al ahora acusado y la tercera persona antes referida; relato que validó igualmente su tía, M. M., en el sentido que serían hechos distintos.

En suma, entiendo que se encuentran debidamente probados los hechos atribuidos al acusado en el marco de los autos N° P-23.765/18 y N° P875/19 tanto en el orden de las circunstancias espacio-temporales que rodearon su ejecución, así como en relación con la autoría de Z. en ellos.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada, rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo.

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

Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare»**, entre otros. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio.

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

Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», entre otros.**

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. M. Z. C. y convalidar la sentencia condenatoria N° 1.367 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

26- BURGOS ARAYA. 25-08-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=646>

Lex: Arts. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° , 206 y 409 del CPP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Ley 26485. Ley 27499. Convención Belem Do Para.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Concurso real. Valoración de la prueba. Calificación legal. Inducción de la declaración testimonial.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la convivencia preexistente –dos hechos– en concurso real (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo incs. b y f y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. Señala que la sentencia se encuentra viciada por: ausencia de motivación suficiente o arbitrariedad, arbitrariedad en la valoración y selección de la prueba de cargo y descargo; errónea calificación legal; violación del principio in dubio pro reo; y, falta de motivación de la pena impuesta o arbitrariedad de los criterios indicados para su selección.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1414 (28-10-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

b-CIDH

- Informe N° 37/00. Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador. 13-04-00:
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- Bulacio c/ Argentina. 18-09-03:
[.https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf)

Doctrina y publicaciones citadas

UNICEF. “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

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

(D.F.)

Fallo:

**CUIJ: 13-05456804-9/1((018601-63560)) F C/ BURGOS ARAYA LUIS EMANUEL P/ ABUSO SEXUAL (...)P/
RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105634091***

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05456804-9, caratulados “FC/ BURGOS ARAYA LUIS EMANUEL S/CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Luis Emanuel Burgos Araya promueve recurso de casación contra la sentencia N° 1414, de fecha 28 de octubre de 2.020, y sus fundamentos, en tanto condena a Luis Emanuel Burgos Araya a la pena de ocho años de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la convivencia preexistente –dos hechos– en concurso real (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo incs. b y f y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en sala unipersonal, en autos N° P 63560/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso planteado, estableció que «.. la existencia material del hecho que constituye el objeto de este proceso y la autoría del imputado, se encuentra acreditada con la certeza jurídica que se requiere en esta etapa procesal, toda vez que se ha probado que Luis Emanuel Burgos Araya, realizó en dos oportunidades actos de abuso sexuales sobre las menores S.B. y A.B.».

En tal sentido, conforme la requisitoria fiscal el hecho atribuido consistió en que « ... entre los días 4 y 6 de agosto de 2.018, en el domicilio sito en calle ..., Mendoza, en ocasión en que su hija se quedaba a dormir, LEBA llevó a la habitación de arriba a su hija de cuatro años de edad S. B. y le pidió que le succionara el pene, para luego arrojarla sobre la cama, donde le pasó su pene por la cola y la vagina.

Asimismo, sin poder precisar fecha ni hora exacta, pero presumiblemente antes del 6 de agosto de 2.018, en el domicilio mencionado, en ocasión en que su hija A. B. de seis años de edad a la fecha se quedaba a dormir en el domicilio, Luis Emanuel Burgos Araya la agarraba y le pasaba el pene por la vagina y la cola».

Para así decidir el juez de sentencia tomó en consideración las testimoniales prestadas en audiencia de debate por M. A.; G. B.; Dr. Agasso; Lic. Fusari; Lic. Edith Cardona; las declaraciones del acusado y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de Luis Burgos promueve recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

En este sentido señala que la sentencia se encuentra viciada por: ausencia de motivación suficiente o arbitrariedad, arbitrariedad en la valoración y selección de la prueba de cargo y descargo; errónea calificación legal; violación del in dubio pro reo; y, falta de motivación de la pena impuesta o arbitrariedad de los criterios indicados para su selección.

Refiere que el tribunal tuvo por cierta la existencia de un abuso sexual gravemente ultrajante tomando en consideración las declaraciones de las víctimas menores de edad y el testimonio de su madre –la que considera parcial y sólo para sostener la acusación–, los exámenes realizados, particularmente por los profesionales del EdeAS y por la perito de parte Lic.. Edith Carmona.

En base a ello asegura que existió arbitrariedad en las afirmaciones donde no se analiza lo que pueda favorecer al acusado, en franca violación al art. 2 del CPP.

Analiza las pruebas aportadas en la causa durante la instrucción preliminar y el debate y cuestiona la valoración llevada a cabo respecto de las testimoniales de las niñas S. y A. B..

Considera que se interpretaron sus dichos de forma literal y a su criterio no se los puede considerar genuinos ni espontáneos, aun cuando así pueda ser apreciado por los profesionales del EdeAS. En relación con la declaración de la madre de las niñas considera que insinuó una penetración y que debe considerarse y cotejarse los dichos de la madre de las niñas en el procedimiento fiscal (fs. 7/8) ya que difiere con la versión dada en sede fiscal.

Formula referencia al vínculo conflictivo entre la madre de las niñas y el acusado sugiriendo una situación a la luz del síndrome de alienación parental (SAP), como también que la versión de las niñas estuvo contaminada por la madre.

Reclama la falta de análisis del contexto familiar del que se da cuenta en informes aportados a la causa que dan cuenta de situaciones de negligencia (ver fs. 7 del recurso) y descuidos de la madre (fs. 8) y ello, a su entender, resultan circunstancias idóneas para que la madre **indujera** a las niñas.

Sostiene que la sentencia se encuentra vacía de contenido que funde jurídicamente la decisión adoptada pues no se ha descartado que el recuerdo de las niñas no sea original sino sembrado.

Añade que el juez de sentencia se sirvió de la evaluación de profesionales para considerar coherente al discurso, sin fisuras, espontáneo y creíble y, considera que la valoración de estos elementos de prueba no fue íntegra (fs. 9).

Agrega que el juez no valoró el retardo en las respuestas observado en el interrogatorio de la niña (ver fs. 10). Refiere que las niñas en Cámara Gesell mostraron un lenguaje adulto, con expresiones que a su criterio no obedecen a un discurso espontáneo sino, dirigido, conducido, sembrado, con vacíos y faltas de respuesta en temas puntuales.

Manifiesta que el juez realizó una ligera afirmación respecto de la valuación efectuada por los profesionales, totalmente desprovista de valoración jurídica ya que no surge como llegó el juez al grado de convicción suficiente.

Señala que la referencia de las niñas al sindicar a su padre como autor no logra acreditar la existencia del hecho ya que no pudieron acreditarse por secuelas psíquicas ni se pudieron probar los síntomas mencionados por la madre.

Critica que el tribunal no evaluó la posibilidad de manipulación de la memoria episódica –muy fácil de manipular– y ello por cuanto el informe profesional no responde de forma elocuente. Agrega que la prueba de descargo tendiente a acreditar la situación y escenario de las niñas fue rechazada en audiencia por vía incidental (fs. 13)

Expresa que el examen practicado a S. y A. no ha llegado al grado de fiabilidad necesaria que dé confianza a su probanza puesto que, a su criterio, debió investigarse el escenario donde ocurrieron los hechos y las personas involucradas en él.

Refiere que durante el proceso esa defensa insistió en la construcción del móvil que condujo a la situación –dada por conflictos familiares, promiscuidad, delincuencia– que conformó el escenario donde las niñas son presa fácil para manipular e implantar la idea de un hecho que lo pueden tener como vivido, pero que nunca existió. Critica el método utilizado en la Cámara Gesell.

En este sentido, expresa que la Lic. Fusari, el Dr. Agasso y la perito de parte Lic. Edith Carmona no son testigos presenciales, sino que sólo tienen conocimientos técnicos que les permiten emitir opinión. Reitera que el abuso sexual es un hecho fáctico que no se ha podido acreditar.

Refiere que los profesionales del EdeAS no pueden ser considerados neutrales, ni imparciales porque para realizar la terapia deben necesariamente creer en el abuso, pues en lo general el terapeuta está dispuesto a confirmar lo que la madre y el niño dicen.

Agrega que el sesgo del entrevistador se presenta como en el caso de autos, puesto que la entrevista está dirigida a validar sistemáticamente la comisión del abuso y con ello se conculca el debido proceso penal.

Reitera que nada en las presentes actuaciones otorga certeza respecto de que lo verbalizado por las niñas no haya sido distorsionado pues una memoria construida puede dar lugar también a un relato espontáneo persistente.

Critica el testimonio de la maestra de las niñas respecto de quien considera que su declaración fue casi actuada en favor de la madre de las niñas y no se condice con la prestada en la instrucción.

Por otra parte, cuestiona la **calificación legal** asignada a los hechos atribuidos y afirma que no existe mayor fundamentación jurídica del motivo por el cual estos deben constituir la figura agravada. Refiere que para encuadrar los hechos como abuso sexual gravemente ultrajante hay exigencias que no se han acreditado en autos sino con fundamentos abstractos.

A su criterio, el hecho investigado no puede considerarse que supere con creces la figura del abuso sexual simple, por lo que se estaría forzando el concepto con la aplicación de la analogía en contra del acusado. Añade que la ley 25.087 introdujo la figura para encuadrar actos que, sin resultar accesos carnales, escapan de la figura básica por la modalidad de su comisión o duración.

Considera que ello no ha sucedido en el hecho atribuido al acusado. Invoca jurisprudencia y reitera que en el caso no se ha superado el umbral del abuso sexual simple de manera que no existe fundamento para condenar a su asistido por la figura agravada. Formula reserva del caso federal

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 7/10 el Procurador General emite dictamen. Luego de analizar los agravios propuestos por la defensa opina que corresponde rechazar la impugnación formulada.

En relación con la **fundamentación** de la sentencia refiere que los hechos de violencia contra la mujer y, en especial en caso traído a examen en que las víctimas son dos niñas de corta edad y hechos ocurridos en la intimidad, la valoración probatoria es más amplia que en los delitos comunes, de manera tal que el testimonio de la víctima cobra valor esencial, como también los informes psicológicos psiquiátricos.

Agrega que la valoración del juez privilegió **el testimonio directo de las niñas** que han relatado los hechos específicos por los cuales se condena al acusado, basándose también en otras pruebas e indicios, como las declaraciones de la madre y la maestra.

Afirma que la defensa pretende introducir dudas sobre el crédito de los testimonios en cuanto que los hechos ocurrieron materialmente creando sospecha respecto de la influencia que la madre pudo ejercer sobre las mismas, sin advertir que los profesionales del EdeAS se encuentran capacitados para detectar ese tipo de influencias en el relato de los menores.

Agrega que el dato de la realidad del cual la defensa pretende derivar la influencia o contaminación en el relato de los niños por parte de su madre es muy endeble.

Expresa que en términos generales las apreciaciones de la impugnante aparecen como opiniones personales respecto de la forma en que debería –a su criterio– desarrollarse la actividad profesional pero no logran conmover a los exámenes practicados.

Por su parte agrega que las críticas técnicas resultan extemporáneas.

En relación con **la calificación legal** refiere que si bien la fundamentación es escueta resulta suficiente para establecer que el hecho excede desde todo punto de vista la figura del abuso sexual simple.

Agrega que la comparación realizada por la defensa **con jurisprudencia antigua de esta Suprema Corte** de Justicia no es actualmente válida como comparativa de la gravedad que debe tener el abuso sexual gravemente ultrajante.

Ello puesto que con la reforma de la ley 27.352 pasaron a constituir abusos sexuales con acceso carnal la introducción de dedos u objetos por vía anal o vaginal, al igual que la denominada fellatio in ore. Afirma que la impugnante pretende una equiparación caracterológica que no tiene razón de ser en la actualidad, ya que los hechos que señala como gravemente ultrajantes son abusos sexuales con acceso carnal.

De tal manera, la franja intermedia de la agravación está constituida por el segundo párrafo del art. 119 del CP, en que los abusos por su duración o las circunstancias de su realización deben ser considerados gravemente ultrajantes.

Por ello aconseja el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del análisis del recurso casatorio promovido y la sentencia puesta en crisis, Adelanto mi opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados y confirmar el acto sentencial cuestionado. Paso a explicarlo.

Examinado el recurso casatorio, entiendo que la estrategia de la defensa radica en criticar la valoración de las testimoniales de las niñas S. B. y A. B. prestadas en Cámara Gesell.

En este sentido tilda las conclusiones del juez de la instancia previa como literales, en vinculación con las manifestaciones de las niñas (ver recurso punto 3), y cuestiona que no se tomara en consideración el escenario situacional de aquéllas. Así, el núcleo de la posición de la defensa se encuentra en que el contexto familiar habría resultado idóneo para que la madre influyera en las declaraciones de sus hijas.

En primer lugar corresponde señalar que concuerdo con el Procurador General en cuanto a que los hechos traídos a examen fueron adecuadamente abordados por el juez de la instancia previa.

Ello, toda vez que al momento de reconstruirlos los ponderó a la luz de la debida perspectiva de género que el caso ameritaba; particularmente en relación al tipo de delito que es objeto del presente proceso.

En este sentido el juez tomó en consideración la minoría de edad de las niñas como elemento central en su valoración, como también que los hechos por ellas denunciados ocurren generalmente en ámbitos de intimidad.

De esa manera, de acuerdos a aquéllas circunstancias, concuerdo con el juez de la instancia anterior en que los dichos de las niñas en Cámara Gesell tienen un papel relevante dentro de los elementos de prueba obrantes en la causa.

De acuerdo a lo referido, debe destacarse que al momento de valorar los dichos de S. B. y A. B., el juez de la instancia anterior determinó que las declaraciones de ambas fueron coincidentes en relación a la materialidad del hecho, por cuanto ambas describieron los mismos sucesos. Así S. B. señaló que su papá «le pasó el pito por la cola y el chocho».

A su vez, A. B., que vio esta situación, dijo respecto de ella que su papá «le pasó el pito por el culo y el chocho». También destacó el magistrado que existió coincidencia en relación al autor de los hechos investigados –el acusado– y respecto de las circunstancias de lugar en que ocurrieron.

Estos datos, tal como fue destacado por el juez, no variaron en ningún momento en el relato de las niñas. Por su parte, y de manera acertada, el juez descartó la existencia de móviles que llevasen a las niñas a inculpar falazmente a su padre (ver fs. 5 de los fundamentos de la sentencia) y valoró la declaración de la perito de parte, Licenciada Edith Cardona, quien refirió que el testimonio de las niñas era cierto y creíble. Ahora bien, la versión aportada por las éstas fue corroborada, acertadamente a mi modo de ver, en la sentencia que la defensa cuestiona por distintos elementos periféricos. Entre ellos, las manifestaciones de M. A. –madre de las niñas–, de G. C. B. –maestra de A. B.–, del Dr. Agasso – profesional que realizó a las niñas–, de la Licenciada Fusari y de la perito de parte, Licenciada Edith Cardona.

En relación con la declaración de M.L.A., madre de las niñas, el juez deslindó adecuadamente sus dichos del de las niñas y, en este sentido, descartó que la discordancia entre ambas versiones, tuviese relevancia para restar crédito al relato de estas últimas.

A su vez, y respecto de la declaración de G. C. B. el juez destacó que A.B. le dijo que quería contarle un secreto y que, en esa ocasión le señaló que su papá le había metido el pito en el chocho a su hermanita. La testigo agregó que había advertido cambios en la conducta de la niña. A lo señalado debe sumarse que el juez analizó también el descargo del acusado (fs. 3 de los fundamentos de la sentencia).

Así, y en relación con las manifestaciones vinculadas a la pretendida manipulación de las niñas por su madre el juez de la instancia anterior fundamentó su posición sobre la inviabilidad científica de la invocación del síndrome de alienación parental (SAP) para desvirtuar las manifestaciones de las niñas.

De tal manera, conforme el detalle efectuado es que la crítica de la defensa vinculada a la valoración de los medios de prueba no puede tener acogida favorable, puesto que a mi criterio tal labor se llevó a cabo acertadamente vinculando los medios de convicción válidamente incorporados y respetando los parámetros establecidos por este Cuerpo en casos similares.

En este sentido considero pertinente remitirme, a lo señalado en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Vega**», «**Zurita**», «**Merlo Lassa**» y «**Ojeda Pérez**».

En especial, en esta última causa (**Ojeda Pérez**), sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la **cultura jurídica patriarcal inquisitiva**, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”),

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

En razón de todo lo señalado, en aquella oportunidad concluí que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional, en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, resulta precisamente haber establecido aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. En el precedente Brancello Urbón señalé que de no

proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y art. 7 de la CM–, que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el precedente «Zurita» he enfatizado que la perspectiva de género no resulta simplemente un lenguaje, sino –en esencia– una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal – como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**).

Por su parte, en el precedente «Vázquez Tumbarello» destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Esto es, que el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en «Narvárez Videla»).

Estas reflexiones, como señalé, las entiendo plenamente aplicables al caso toda vez que nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, adecuadamente encuadrado como tal por el juzgador de la instancia anterior. En otro orden, entiendo que tampoco puede tener acogida favorable el agravio formulado en torno a la calificación legal del hecho atribuido.

En este punto considera la recurrente que no ha fundado el a quo los motivos por los cuales los hechos asignados deben ser encuadrados en la figura escogida.

Así, estima que no es posible interpretar que el hecho pueda superar la figura del abuso sexual simple. Como anticipé no comparto la crítica formulada y entiendo que también en este punto los fundamentos de la sentencia resultan suficientes al momento de establecer los motivos por los cuales los hechos – correctamente delimitados– han sido acertadamente encuadrados en la figura legal escogida.

En este sentido, comparto el criterio sustentado por el juez de la instancia anterior en cuanto a que las circunstancias acreditadas no resultan un mero tocamiento y que por ello escapan de la figura básica del art. 119 del Código Penal.

En efecto, tal como lo afirmara el juez existe en el caso el plus exigido en cuanto a las circunstancias de realización de los hechos requerido por la norma. Por ello corresponde también rechazar el agravio así formulado.

Finalmente, y, toda vez que la recurrente cuestiona la imposición de pena por considerarla falta de motivación o, arbitraria en relación a los criterios indicados para su selección, debo señalar que no surge del contenido del recurso que la presentante haya desarrollado el agravio formulado.

No obstante, no coincido con la crítica esbozada, en este sentido advierto que la agravante ponderada por el juzgador resulta la edad del acusado y, por otro lado, se desprende que impuso el mínimo de la escala penal, motivo por el cual más allá del cuestionamiento así formulado no se advierte el agravio concreto.

Por las razones precedentemente expuestas, y en opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Burgos Araya.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una

de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)**».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de las agresiones sufridas por las víctimas, ponderó todos los

elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para las víctimas y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (**Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481**, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en los precedentes «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**», «**Zurita**» y «**Reyes Cortelezzi**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Luis Emanuel Burgos Araya, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1414 y sus fundamentos dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

27- MOLINA COLODRO. 25-08-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=652>

Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo, 55 del CP. Art. 474 inc. 2° del CPP. Reglas de Brasilia. Acordada 24023.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la Prueba. Consentimiento.

Summa:

El **TPC N° 1 2° CJ** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, tres hechos, en concurso real (arts. 119 primer párrafo y tercer párrafo y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso y argumenta que la autoría como no fue acreditada y el principio in dubio pro reo, alegando que no se ha alcanzado el grado de certeza necesario. Suma a esto el cuestionamiento a la valoración probatoria. Asevera que las relaciones sexuales fueron consentidas.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1330, pronunciada por el TPC N° 1 -2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero. 21-12-1984.: LS. 186-427
- Cirrincione. 07-03-1978: LS. 153-011
- LS. 354-218, LS. 392-94, LS 397-177
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles.

- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CSJN

- Casal. 20-09-05:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1696195994497>

c-Corte IDH

- Rosendo Cantú Vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- González y otras (Campo algodónero) vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Doctrina citada.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, Guía comentada de las Reglas de Brasilia, Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, Herramientas Eurosocial N° 23/2019, COHESIÓN SOCIAL en la práctica, Programa para la Cohesión social para América latina, financiado por la UE, Edit. Programa Eurosocial, Madrid c/Beatriz de Bobadilla, 18 28040 Madrid (España) www.eurosocial.eu).

CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>

Parágrafos destacados.

“Me interesa nuevamente transcribir que, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». También que, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas»“

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

(D.F.)

Fallo:

foja: 130 CUIJ: 13-05716291-5/1((028601-72155)) F. C/ MOLINA COLODRO FRANZ HERNAN P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (72155/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105901082*

En Mendoza, a veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05716291-5/1 caratulada “FC/ MOLINA COLODRO, FRANZ HERNÁN P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS) S/CASACIÓN”.

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

A fs. 105/112 la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.330 de fecha 08 de marzo de 2021 y sus fundamentos (fs. 91 y 93/99) del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

En ella se condena a Franz Hernán Molina Colodro a la pena de seis años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, tres hechos, en concurso real (arts. 119 primer párrafo y tercer párrafo y 55 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada –en lo pertinente– condenó a Franz Hernán Molina Colodro del delito que se le atribuyera en la causa N° P721.155/20, esto es abuso sexual con acceso carnal –tres hechos, en concurso real– a la pena de seis años de prisión.

En efecto, el juez de la instancia anterior consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en la que se sostuvo que «[e]n día y hora no precisada, pero sí en horas de la noche, desde el mes de ... [y] hasta el mes de ..., en calle... de Malargüe, FRANZ HERNÁN MOLINA COLODRO, en tres oportunidades y a la fuerza, le introdujo su pene en la vagina de la Sra. [A.V.C.]» (ver fs. 4 vta.).

De la valoración de la prueba obrante en la causa, y acompañada en copia la que fuera rendida en la investigación penal preparatoria, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado a fs. 105/112 formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios in iudicando e in procedendo.

En forma preliminar transcribe el hecho en los antecedentes históricos y luego desarrolla en el primer punto argumentos vinculados con la autoría no acreditada –del acusado– y el principio in dubio pro reo.

Sostiene inicialmente que no se ha alcanzado el grado de certeza necesario para afirmar que su defendido haya abusado sexualmente de A. V. C..

Seguidamente afirma que el juez sentenciante ha valorado arbitrariamente la prueba, que su razonamiento es contrario a las reglas de la sana crítica racional, en tanto la prueba de cargo evidenció inconsistencias y contradicciones insalvables, existiendo motivación aparente de la sentencia al no ser el resultado de las pruebas rendidas en el plenario.

Cita doctrina y jurisprudencia.

Con mención **al precedente «Casal» de la CSJN** solicita se realice un examen amplio de las cuestiones fácticas.

Así, refiere que su defendido al prestar declaración indagatoria en el debate negó haber abusado de la denunciante, sosteniendo que las relaciones sexuales siempre fueron consentidas y que nunca aquélla le indicó no querer mantenerlas.

Refiere que ello es fundamental en la estructura típica del abuso sexual con acceso carnal y no fue analizado en los fundamentos. Cita al efecto textualmente declaraciones de la denunciante y entiende que no puede establecerse en qué consistían los abusos, si eran vía vaginal o anal o con la introducción del pene.

Refiere dudas también acerca de la inexistencia de testigos dadas las características del lugar en donde los hechos sucedieran –un solo ambiente con dos camas–.

Menciona que los testigos V. E. y F. M. nunca sintieron ni vieron nada, estando a escasos centímetros, concluyendo que, si la denunciante hubiera sido abusada en tres oportunidades entre los meses de mayo a junio de 2020, éstos debieron haberlo advertido.

Niega además que sea cierto que ocurrieron a la noche y mientras estaban solos encima de la cama porque nunca han estado solos, además de estar en tiempo de ASPO, lo que obligaba, a quienes vivían en el domicilio, a permanecer en el mismo durante la noche.

Añade que la denunciante se fue del domicilio a una finca, pero luego regresó cuando ya se trataba de una vivienda con dos habitaciones, y no tuvo reparo en dormir con el acusado en la misma habitación, realizando la denuncia ya embarazada y por celos, recién cuando Molina Colodro llevó allí a su nueva pareja.

Afirma que al serle comunicado el embarazo y manifestándole el acusado que asumiría su responsabilidad paterna si se trataba de su hijo, es que la denunciante «estalló en despecho», más cuando en el hospital le indicaron que esas relaciones eran producto de constantes abusos.

Seguidamente sostiene la defensa que todo sistema debe estar orientado a la libre valoración probatoria con independencia de la clase de víctima y del tipo de delito de que se trate.

Entiende que el testimonio de la denunciante no está corroborado y los aportes de la perspectiva de género no pueden servir para incrementar su peso probatorio, siendo el ámbito de la investigación en donde se deben incrementar los esfuerzos para dar cumplimiento a los compromisos internacionales en

la materia, pues éstos no establecen un estándar de valoración que flexibilicen o degraden la presunción de inocencia.

Señala que esta última es una regla de juicio que incorpora un determinado estándar probatorio como derecho absoluto, no siendo el mejor camino para combatir la violencia de género el abandono de garantías trabajosamente conquistadas, lo que juzga una fuente de peligro para nuestro modelo constitucional penal. Por lo referido solicita se case la sentencia y se dicte la absolución de su defendido.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 121/123 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada. Al efecto señala que la defensa cuestiona el testimonio de la denunciante, alegando que se ha tratado de relaciones sexuales consentidas, como expresara el acusado.

Sin embargo, entiende que ello se desvanece frente a la contundencia, a su juicio, de la declaración de la víctima, sobre el que se explayó el tribunal considerando que la veracidad de la misma surgía de la consistencia del relato, del aporte de detalles y la persistencia del mismo en el tiempo.

Agrega que el sentenciante consideró también el estado de angustia que aquella evidenció en el debate sumado al estado de vulnerabilidad producto de los abusos y por hallarse embarazada.

Expresa que a este estado entendió el juez obedecía la demora en la radicación de la denuncia, alegada por la defensa a su favor, más cuando, además, no tenía un lugar donde vivir, visibilizando recién la situación al concurrir al hospital.

Agrega que el sentenciante tuvo también en cuenta, a los efectos de la evaluación de credibilidad del relato, el informe y testimonio de la Lic. Aguilar del CMF que acredita, además, la fecha de los hechos dado el avance del embarazo que la víctima cursaba.

Sostiene que el juez analizó, en cuanto a la falta de detalles o modalidad de comisión, las dificultades para expresarse de la denunciante, surgiendo, no obstante ello, con claridad en el debate dichas circunstancias así como su negativa a mantener relaciones sexuales, exteriorizada con evidentes síntomas de angustia.

Agrega que también valoró el resto del material probatorio, los testimonios del tío y esposa del acusado, como claramente beneficiadores de la situación de su sobrino restándoles credibilidad.

Entiende que una revisión integral de la sentencia permite advertir que el juez de sentencia se ha valido de las pruebas rendidas en el debate y aquellas debidamente incorporadas y que esa valoración integral le permitió tener por acreditados los hechos y la autoría del acusado.

Cita jurisprudencia de esta Sala.

Finalmente, concluye que el planteo defensivo no puede, de modo alguno, prosperar, por lo que corresponde confirmar la sentencia impugnada en tanto no se aparta de las reglas de la sana crítica racional y no luce insuficiente o motivada arbitrariamente.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos, que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la defensa no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación, en su totalidad, de la sentencia impugnada.

De manera preliminar he de señalar que los agravios impulsados pretenden desacreditar la convicción a la que llegara el sentenciante con relación a la autoría de Franz Hernán Molina Colodro en los hechos endilgados.

Como anticipé, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia y observando, asimismo, en dicho análisis la debida perspectiva de género que el caso imponía.

Por ello estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

En efecto, el libelo recursivo no logra demostrar el apartamiento de las reglas de la sana crítica racional y, como bien señalara el tribunal de la instancia anterior, las partes han hecho referencia en sus conclusiones a dos hipótesis fácticas contrapuestas.

Por un lado, el Ministerio Público Fiscal, el abuso sexual con acceso carnal violento en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que surgen de los hechos reseñados en el requerimiento de citación a juicio.

Por otro lado, la defensa, la existencia de relaciones sexuales consentidas con diferentes circunstancias de realización, argumentando además imprecisión en la modalidad comisiva imputada que afectaría el derecho de defensa.

Aclaro desde ya que esta versión de los hechos aportada a través de las pruebas de descargo, la declaración del acusado o las imprecisiones sindicadas en las declaraciones de la víctima, que entiendo no han sido ponderadas, no son sino una reedición de los planteos desarrollados al momento de brindar los alegatos en la audiencia de debate y que no obtuvieran respuesta favorable en la sentencia. Al respecto, la defensa no logra desvirtuar el razonamiento del juez de sentencia.

De los fundamentos cuestionados surge que el propio juez advierte y analiza fundada y extensamente esta evidente dicotomía de las partes sobre en el análisis de los hechos y la prueba rendida.

Así, y detalladamente, el sentenciante, en un análisis completo y minucioso de todas las testimoniales rendidas, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada, entendió acreditada la autoría de Molina Colodro en el suceso criminoso.

En primer lugar debe referirse que el juez de sentencia consideró, acertadamente, que los hechos acontecieron en el domicilio del matrimonio conformado por el tío del acusado, Ch. M. y V. C., su esposa, donde habitaban sus dos hijas pequeñas junto al acusado y en donde le dieron alojamiento a A.V.C. que venía de Buenos Aires y permaneció allí principalmente producto de la pandemia.

También estimo adecuadas las consideraciones del a quo respecto de las características de la vivienda: precaria, de nylon y madera por dentro conformada por un solo ambiente de aproximadamente cuatro

por siete metros que hacía las veces de cocina comedor y dormitorio y que contaba con dos camas, una matrimonial y una de una plaza.

La cama de dos plazas era ocupada por el matrimonio y las hijas menores mientras que la restante era compartida por la víctima y el acusado.

Del mismo modo que para el juez existieron abusos por parte del acusado entre los meses de mayo y junio de 2020, producto de los cuales la denunciante cursó un embarazo.

Ello, en la defensa, no niega los contactos sexuales con la denunciante, sólo que alega que fueron consentidos.

Todas estas circunstancias no fueron controvertidas y surgen claramente de las declaraciones de A.V.C. como de la declaración del acusado en el debate y de los testimonios de los demás habitantes de la vivienda, el tío del acusado y del mismo modo, su esposa.

Debido a que en la sentencia obran transliterados los pasajes de aquéllos testimonios, a ellos me remito. Vamos al punto de controversia.

Mientras el acusado sostuvo que las mantuvo relaciones sexuales consentidas con A.V.C. y acontecieron fuera de la vivienda, aquélla afirmó haber sido abusada sexualmente y accedida vaginalmente en contra de su voluntad en tres oportunidades en la misma cama que compartían, de noche y estando solos.

Los motivos de agravio de la defensa en este punto se pueden resumir en los siguientes: falta de descripción de la modalidad de los abusos por la víctima –si eran vía vaginal, anal, introducción del pene–, las circunstancias de lugar y tiempo de su realización –durante la noche y arriba de la cama cuando estaban solos– y, por último y atado a lo anterior, la falta de testigos de los hechos.

Con la denuncia del día 29 de septiembre de 2020 (fs. 22/23), queda respondido el primero de los agravios. Al respecto, se lee expresamente que «[...] un sobrino de Ch. –se refiere al marido de su prima V.– que se llama Frank Molina [...] viene abusando de mi desde que llegué [...] desde el mes de mayo abusaba de mí a la fuerza, yo le decía que no me tocara más pero igual lo hacía [...]. [L]os abusos empezaron en mayo y fueron tres veces entre mayo y junio en los que abusó a la fuerza, no me pegó, pero me forzaba, nunca fuimos novios ni salimos ni nada [...]». A ello debe agregarse que, a preguntas expresas, A.V.C. indicó: «[S]iempre me penetró por la vagina [...]» (ver fs. 22 vta. in fine). En la ampliación de fs. 42 se lee expresamente, «[...] tres veces a la fuerza, le dije que no quería nada, pero él seguía [...] no me dejaba, en mayo empezó a penetrarme, después la segunda vez fue en el mes de junio y la última vez fue en el mes de julio [cuando] me abusó de nuevo [...]».

Todo ello es corroborado en el debate cuando afirmó, «[...] yo nunca tuve salida ni nada nada con él [...] me sacaba el pantalón a la fuerza, él nunca ha sido novio de mí y él me buscaba a la noche [...] mirá lo que me hicieron [...]», (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte II, minutos 00:17:15 y ss; 00:19:36). A preguntas de fiscalía acerca de qué significaba hacerle todo y sobre el abuso a la fuerza, sostuvo, «[...] me bajaba los pantalones, a la noche, me rasguñaba, yo le decía que no me tocara [...] quería tener relaciones pero a la fuerza, a la primera que llegaba quería abusarme [...] solamente a la noche me abusaba, la quería a la fuerza [...] la última vez que me abusó me quedé embarazada [...] me quedaba callada, me tocaba a la fuerza, le decía que le iba a avisar a mi prima y me decía “vos le decís a tu prima y algo va a pasar, me

asustaba porque me amenazaba, tal vez me mata pensé» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte II, minutos 00:19:35 y ss; 00:22:07; 00:34:00 y ss).

En relación a las circunstancias de lugar y tiempo, –el acusado sostuvo que se iban al campo mientras la víctima sostuvo que era en el interior de la casa precaria y de noche–, también fueron debidamente valoradas por el a quo pues consideró poco creíble y carente de lógica, que en los meses en que los hechos transcurrieron, mayo a junio, en un departamento frío como lo es Malargüe, hubieran mantenido relaciones sexuales a la intemperie en el campo, por respeto a su familia, como aseveró el acusado.

Del mismo modo en cuanto a la falta de testigos aducida por la defensa durante la noche y en una vivienda compuesta de un ambiente compartida a escasa distancia con los tíos del acusado y sus hijas.

A ello debe añadirse que A.V.C aclaró que los abusos transcurrían de noche cuando no había nadie, tres sucesos durante tres meses, y ello es razonable –que en la vivienda no hubiera más personas–, pues no existe precisión de horario, no obstante brindar detalles concordantes a lo largo del tiempo.

Razonar en contrario, como lo hace la defensa, es lo que no se compeadece con la lógica y la recta razón. Además aquella versión de A.V.C. se corrobora con los testimonios de Ch. M. y V. E., quienes de lo contrario hubieran advertido, al menos, el mantenimiento de relaciones sexuales.

De tal modo, la valoración del testimonio de la A.V.C. devino medular para el sentenciante y lo es también para el análisis de este Tribunal por dos razones. La primera, guarda relación con el valor que corresponde asignar a la declaración de una víctima de abuso sexual cuando se desarrolla en un contexto de violencia de género.

La segunda, se vincula con la existencia de elementos probatorios periféricos que corroboran la versión de A.V.C. Respecto de lo primero, debe señalarse que A.V.C. fue evaluada, más allá de haber sido atendida en el hospital de Malargüe, en el Área de la Mujer del Municipio.

Allí la asesoraron para radicar la denuncia y fue, como bien advierte el a quo, cuando la víctima logró visualizar los hechos de que ha sido víctima dado el estado de vulnerabilidad en que se encontraba.

Por su parte, la Lic. Aguilar manifestó que cuando A.V.C. fue a un control médico y fue entrevistada, advirtió lo que le estaba pasando, el sometimiento a una situación de violencia o abuso, la existencia de una situación de extrema vulnerabilidad, no sólo porque no tenía lugar donde vivir, sino por su falta de trabajo, sumado al hecho de haberse quedado embarazada producto de los abusos y las dificultades de comunicación.

Todos estos criterios, fueron evaluados por el sentenciante para considerar la credibilidad del relato de la víctima con preponderancia por sobre la declaración del acusado.

En esa ponderación el juez de sentencia siguió una perspectiva integral de valoración de acuerdo con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, por lo que no existe omisión de observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional, y ello en clara observancia del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos. En este sentido y sobre los objetivos de la ley 26.485 en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuve ocasión de pronunciarme en

diversos precedentes (“C. Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “V. Tumbarello”; entre otros).

Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos. Me interesa nuevamente transcribir que, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de **«amplia libertad probatoria»** para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

También que, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas» (ver “Ojeda Pérez”).

A las menciones efectuadas por la defensa respecto del método de valoración probatoria –libre valoración probatoria– que a su juicio exige siempre se corrobore ese testimonio, con independencia de la clase de víctima y del tipo de delito, sin que la perspectiva de género lleve a incrementar el peso probatorio de dicho testimonio, he sostenido en el precedente citado que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado en dicho fallo, «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De allí que, a diferencia de lo deslizado por la defensa, la ponderación del contexto, que no es ni más ni menos el análisis de las circunstancias en que se produce el hecho concreto que se investiga y luego juzga, lo que obligatoriamente incluye la situación en que se halla la víctima; lo que no significa per se incrementar el peso probatorio de la declaración de ésta.

No hacerlo, para cualquier víctima, como se encarga de peticionar la defensa, implicaría una vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM, que constituye uno de los pilares de la República Federal.

En conclusión, la normativa vigente no conforma un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que exige que se observe una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Tal como ha analizado el a quo, no existen contradicciones en el relato de la denunciante, por lo que surge evidente que el mismo con el fin de desacreditar y minimizar el valor convictivo de dicho testimonio.

Ello, pues tal como he reseñado, éste se ha mantenido coincidente desde el momento del hecho hasta el mismo debate, en el que se **advierte con absoluta claridad la vulnerabilidad originada, no solo en la violencia sufrida, sino en su dificultad comunicativa, su falta de medios propios de supervivencia – trabajo, vivienda, familia–** a lo que debe necesariamente sumarse la existencia de un embarazo, y niño nacido a la fecha del debate, producto del delito.

En consecuencia, la versión antagónica, sostenida por la defensa, fundada en la declaración del acusado, y sus familiares, y referida a la existencia de relaciones sexuales consentidas, resultan insuficientes para desvirtuar los elementos convictivos antes analizados y que colocan a Molina Colodro como autor de los hechos.

En este sentido debe considerarse que el acusado expresó que «[A.V.C.] me empezó a buscar [...] ella decidió dormir conmigo, yo nunca le hice nada [...] ella dormía con su prima V. y sus hijitas en la cama grande [...] me besaba y yo callado, yo se lo dije a mi tío [...] tuvimos relaciones normal pero nunca en la casa [...] nunca le forcé, yo respetaba a mi tío, nunca en la casa [...] me sacaba, salíamos para abajo, de noche me mandaba mensajes [...]», (ver registro audiovisual, 03/03/2020, parte II, minutos 00:04:57 y ss.; 00:65:54 y ss.; 00:10:25 y ss.).

Incluso indicó que «[...] en la casa no, estaban todos, mi tía, mi tío, las chiquitas, todos. Una vez no sé qué se le dio, mi tío salió y su señora y me quedo yo con las chiquitas, a mí siempre me las dejaban. De repente me agarra y me dio un beso y la nena más grandecita luego le dijo “la tía lo agarró al Franchu y le dio un beso”, él le decía que no, que estaban las nenas [...] su papá me molestó [...] la relación era secreta, ella no quería que se entere su prima ni mi tío para que no se molesten [...]» (ver registro audiovisual, 03/03/2020, parte II, minutos 00:03:57 y ss.; minutos 00:12:13 y ss). En cuanto al embarazo dijo, «[...] mi tío me lo dijo, “es verdad o no”, ya hemos terminado hace mucho le dije [...] yo no me sentía seguro, ella salía, cuando nazca hagamos ADN, yo voy a pagar pieza, no hay problema, me quedé tranquilo [...] cuando

se pone de novio ahí se enojó, me dijo “te voy a cagar denunciando” [...]» (ver registro audiovisual, 03/03/2020, parte II, minutos 00:03:57 y ss.; y, minutos 00:13:33 y ss.).

La prima de la víctima y esposa del tío del acusado, V. E., no fue tan contundente e incurrió en varias contradicciones.

A preguntas acerca de cómo dormían en las dos camas existentes, a diferencia del acusado sostuvo, «[...] las camas estaban pegaditas, todos estaban ahí, en la cama de dos plazas dormían el marido, ella y sus dos hijas, en la de una plaza, que estaba al lado nomás, casi pegados, ellos, Franz con A., cabeza arriba y cabeza abajo [...]» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte III, minutos 00:07:12 y ss.).

En cuanto a la relación víctima-acusado, primeramente, dijo que lo supo luego de enterarse que estaba embarazada, y posteriormente que tuvieron una relación no pudiendo aclarar lo señalado con anterioridad en la investigación penal preparatoria pese a las lecturas y preguntas al efecto. Así expresó que «[...] después de los tres meses, [A.V.C. le refirió] que se sentía mal, le dije que comprara test, le salió positivo [...] que se ha juntado con el Franz, que tuvieron relaciones, en realidad que el Franz le gustaba a ella [...]». A preguntas de si le dijo A.V.C. que no se quería acostar con él, en razón de lo ya declarado, sostuvo, «[...] no, eso no, al principio cuando llegó no me dijo, después me dijo que salía con Franz [...]» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte III, minutos 00:11:25 y ss.; minutos 00:09:54 y ss.).

Y en referencia al mantenimiento de relaciones o hechos de noche en la vivienda, a preguntas de la defensa respondió que «[...] no, todo normal ni una bulla ni nada [...] no se tocaban, si dormíamos todos juntos [...] que la relación entre A. y Franz era normal, hablaban, compraban cerveza y ella le decía si podían salir de novios» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte III, minutos 00:27:47 y ss.). Del mismo modo el tío del acusado, F. “Ch.” M., en forma coincidente con su esposa sostuvo que «[...] vivían en un ranchito de madera y nylon de cuatro por siete metros con cincuenta, él con su señora y sus nenas dormían en la cama grande, en la otra, ella con Franz [...] las camas están pegadas, en un solo ambiente [...]» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte IV, minutos 00:04:25 y ss.).

En cuanto a la relación también sostuvo que era normal, que todos comían juntos, cocinaban, que jugaban, que a veces A.V.C. abrazaba y besaba al acusado y aseveró que éste le contó acerca de la relación, pero que le dijo que era secreta. También sostuvo estar todas las noches en la casa y no haber advertido nada raro.

Coincido con el juez sentenciante en que ambos testimonios no resultan del todo creíbles, pues de ellos un intento de favorecer al acusado dada la relación de parentesco que, con el dueño de casa, mantiene el acusado.

Más cuando V. E., que es prima de la víctima, dijo que no la conocía con anterioridad, por razones familiares vinculadas a las migraciones sufridas.

Por otra parte, **advierto evidentes patrones culturales en éstos que colocan a la mujer en un estado de inferioridad y sometimiento**, pues dejan traslucir dichos testimonios la importancia de solucionar económicamente la situación de A.V.C. por sobre la situación de violencia sexual vivida.

Más aun, de acuerdo a los elementos que surgen de la causa, ésta misma no era totalmente consciente, de esta situación, pues recién la advirtió al ser atendida por los profesionales del hospital, del Área de la Mujer municipal y por la psicóloga del CMF, como ya se ha expresado.

En este sentido, considero importante destacar que F. “Ch.” M. sostuvo que el acusado le ofreció ayudar a A.V.C. con el embarazo, y con un lugar para que alquilara (ver registro audiovisual, 03/03/2020, parte III, minutos 00:04:25 y ss.). V. E., a preguntas de la fiscal acerca de si le dijo a A. que “debía arreglar de buena manera” el tema del embarazo contestó que «[...] si, yo le dije. Ella dijo que sí [...]» (ver registro audiovisual, 03/03/2020, parte IV, minutos 00:32:00 y ss.). Y la propia víctima refiere los dichos de su prima V., «[...] vos tenés que arreglar el problema con el tipo que te abusó [...]» (ver registro audiovisual, 02/03/2020, parte II, minutos 00:25:02 y ss.).

Entiendo por ello, como adelanté, que surge con claridad que no ha existido una valoración arbitraria del plexo probatorio.

Por el contrario, **la evaluación de los dichos de la víctima lo ha sido con absoluto respeto y observancia del contexto de vulnerabilidad** en que ésta se encontraba inmersa, lo que además se encuentra objetivamente corroborado con elementos periféricos, entre los cuales se halla la evaluación psicológica del CMF y el testimonio de la profesional actuante. Más aún se ha observado en la sentencia ese mentado deber jurídico que nos impone la legislación vigente.

Como he sostenido reiteradamente en los precedentes invocados que «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (**“C. Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “V. Tumbarello”; entre otros**).

Vale reiterar que en el caso entiendo se suman varias circunstancias de vulnerabilidad que ya he sindicado y que favorecen también aquella situación, a más de la proveniente de la propia conducta sexual delictiva. En efecto, la Corte IDH ha señalado al respecto que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho». (**Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

La Comisión Interamericana ha sostenido que «[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales». (**CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 155 en Jurisprudencia y doctrina sobre violencia sexual, Doisser-1, UFEM, Unidad Fiscal especializada en violencia contra las mujeres, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación**).

Atravesando la víctima de autos varias situaciones de vulnerabilidad, cabe traer a colación, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada N° 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En ellas se establece que «[U]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

Asimismo, añade que deben considerarse personas en situación de vulnerabilidad aquéllas que «[...] por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (Regla 3).

Y dentro de las causas de ello enumera, «[...] la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición **de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico**» (Regla 4).

Esta condición la ostenta, entre otras, «[...] aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal [...]», destacándose la migración y el desplazamiento interno así como la pobreza como causas de vulnerabilidad.

En efecto, en relación con ello se destaca que «[...] pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual [...]» (Regla 14).

Por su parte se refiere que «[l]a pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad (Regla 15) y que «[s]e promoverá[n] las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia» (Regla 16).

Así, «[e]n definitiva, el sistema judicial tiene un papel clave para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a la reducción de las desigualdades sociales y favoreciendo la cohesión social. Si se mejora su acceso a la justicia, se incrementan las posibilidades de las personas desfavorecidas de superar la pobreza y la exclusión; de esta manera, el propio sistema de justicia podrá convertirse en motor de la cohesión social [...]» (**DELGADO MARTÍN, Joaquín, Guía comentada de las Reglas de Brasilia**, Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, Herramientas Eurosocial N° 23/2019, COHESIÓN SOCIAL en la práctica, Programa para la Cohesión social para América latina, financiado por la UE, Edit. Programa Eurosocial, Madrid c/Beatriz de Bobadilla, 18 28040 Madrid (España) www.eurosocial.eu).

Todo lo señalado da cuenta de la especial situación de vulnerabilidad en que A.V.C. se hallaba inmersa al momento de los abusos por parte del acusado, así como la observancia de los deberes que se les imponen a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces, respecto a la consideración de aquellas situaciones al momento de la valoración de los elementos de prueba obrantes en las presentes actuaciones.

Por lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Franz Hernán Molina Colodro. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género». En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a]fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (**Concha, Jesús**).

En otro orden, y en relación al supuesto consentimiento prestado por la víctima sugerido por el censurante, ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho. No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es

alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como “la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (**Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México**).

Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal. En este sentido, señalé en el precedente «González» que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los **operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados** por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, **poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA:

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

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

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

28- CONTRERA ROBLEDO. 27-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCC										474
VG	-	M	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=649>

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función del 89 y 80 incs. 1° y 11° del CP. Ley 24685. Art. 4 y 9 de la Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Absolución. Amenazas simples. Lesiones leves dolosas. Pareja. Víctima mayor. Nulidad.

Summa:

El **TPC** absolvió a C.R.F.Y del delito de abuso sexual con acceso carnal en número indeterminado de hechos y lo condenó a **un año de prisión** de ejecución condicional por los delitos de amenazas simples y lesiones leves dolosas agravadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género.

El **Ministerio Público Fiscal** interpone recurso de casación, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios de derecho sustancial y procesal. Aduce agravios por inobservancia de la Convención de Belem Do Pará, de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y las leyes 8.226 y 8.653. Respecto de los vicios in procedendo entiende que el fallo adolece de falta e insuficiencia de motivación, se aparta de la sana crítica racional, deviniendo la sentencia ilógica, contradictoria y arbitraria. Cita de doctrina y señala que el juez ha incurrido en un razonamiento ilógico basado en una apreciación parcial y subjetiva del plexo probatorio, por lo que cabe la sanción de nulidad prevista por el art. 416 inc. 4 del CPP.

El **Procurador General** entiende que el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal debe prosperar y, en consecuencia, debe anularse parcialmente la sentencia impugnada.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, resolviendo anular parcialmente la sentencia N° 1.340 y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones a la OGAP del TPC N° 2 a efectos de que determine el tribunal que deberá intervenir en el nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1340 (26-11-20), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

b- CIDH

- Caso Rosendo Cantú vs. México 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala 24-08-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf
- Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Doctrina citada.

Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70 y 71.

CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Párrafos destacados

“ [N]os encontramos frente a la atribución de un hecho que fuera calificado como abuso sexual con acceso carnal en una relación de pareja e inmersa en un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior no ha considerado los parámetros antes referidos al momento de ponderar los elementos de prueba obrantes en la causa. Ello, más aún cuando sí consideró en la misma sentencia que L.M.A. sufrió lesiones leves agravadas por mediar relación de pareja y en contexto de violencia de género, sin mayores consideraciones, debo aclarar. Vamos al caso concreto.”

“[e]l acusado resultó condenado por el delito de amenazas simples y lesiones leves agravadas por existir relación de pareja y mediar violencia de género y si bien existe informe físico del que surgen las lesiones sufridas, aquí sí pareció determinante para el sentenciante la declaración de la víctima y los informes de los profesionales, aquellos mismos que resultaron insuficientes en orden a la acreditación de los hechos calificados como delitos de abuso sexual.”

Novedades del caso.

Para fecha 3 de mayo de 2022, el TPC N° 2 resolvió mediante sentencia N° 2107: “I.- CONDENAR al imputado CONTRERA ROBLED, de datos personales ya consignados, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISION, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (UN SOLO HECHO) previsto y penado por el artículo 119 primer párrafo en función con el art. 119 tercer párrafo del Código Penal, en autos N° P-707.859/19, de conformidad con lo dispuesto

por el Art. 12 Y 29 del Código Penal y Art. 560 y ccs. Del Código Procesal Penal. II.- REVOCAR la CONDICIONALIDAD de la condena impuesta a CONTRERA ROBLEDO, por este Tribunal Penal Colegiado N°2, mediante sentencia N° 1.340 por la cual se lo condenó a la pena de UN AÑO DE PRISION EN SUSPENSO, en fecha 26/11/2020, en autos P-707.859/19. III.- UNIFICAR la presente condena dictada en esta Sentencia N° 2.107 de SIETE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO con la impuesta mediante Sentencia N° 1.340, por este Segundo Tribunal Penal Colegiado en Autos P-707.859/19 en fecha 26/11/2020, de UN AÑO DE PRISIÓN, estableciendo como PENA ÚNICA que debe cumplir FACUNDO YOEL CONTRERA ROBLEDO la de SIETE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO (Art. 58 del C.P.). IV.- Firme y ejecutoriada la presente Sentencia, remítase copia certificada al Registro de Defensa de la Integridad Sexual (R.E.D.I.S.) a los efectos que por ley corresponda (Art. 415 del Código Procesal Penal.” brindando fundamentos para fecha 10-05-22. Rechazado el recurso de casación, la 14 ° Defensoría oficial interpuso recurso de queja.

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

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-05517439-8/1((018602-707859)) FC/ C. R. F. Y. P/ ABUSO SEXUAL ... (707859) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105699376*

En Mendoza, a veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05517439-8/1 caratulada “F. C/C. R., F. Y. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS), AMENAZAS SIMPLES, LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR HABER EXISTIDO RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, TODO EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN”.

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

A fs. 156/172 la fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal especializada en Violencia de Género, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.340 de fecha 26 de noviembre de 2020 y sus fundamentos (fs. 146 y 148/152) del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

Ello en tanto absuelve a F. Y. C. R. del delito de abuso sexual con acceso carnal en número indeterminado de hechos (arts. 119 primer párrafo en función con el art. 119 tercer párrafo del CP) y condena a un año de prisión de ejecución condicional por los delitos de amenazas simples y lesiones leves dolosas agravadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, art. 92 en función con el art. 89 y art. 80 incs. 1 y 11 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la representante del **Ministerio Público Fiscal** –en lo que aquí interesa– absolvió a F. Y. C. R. los hechos que se le atribuyeran en la causa N° P-707.859/19 –que fueran calificados como abuso sexual con acceso carnal en número indeterminado de hechos– por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

Aquellos hechos endilgados al acusado, según el requerimiento de citación a juicio, consistieron en que «[a]proximadamente en el mes..., F. Y. Contreras, en el domicilio sito en..., de Godoy Cruz, Mendoza, intentó tener relaciones sexuales con su pareja [L.M.A]; como ésta se negó manifestándole que no quería estar más con él, la tomó por la fuerza en contra de su voluntad y comenzó a darle besos, mientras le apretaba las manos, le sacó la remera, luego el pantalón y la penetró con su miembro en la vagina. [...] [E]stos abusos se habrían cometido anteriormente, durante un período comprendido entre enero y marzo de... en el mismo domicilio» (ver fs. 17 vta./18).

De la valoración de la prueba obrante en la causa, especialmente, la testimonial de la denunciante, declaración del acusado, E. M. A., B., F., D. y A. C. R. y los profesionales Interlandi, Mamma, Squillario, Silvestre y Díaz, el tribunal de la instancia previa consideró que no existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 156/172 formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios de derecho sustancial y procesal.

Aduce agravios que, a su modo de ver, se originan en una grosera inobservancia de la Convención de Belem Do Pará –aprobada por la ley 24.632–, de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y las leyes 8.226 y 8.653.

Respecto de los vicios in procedendo entiende que el fallo adolece de falta e insuficiencia de motivación, se aparta de la sana crítica racional, deviniendo la sentencia ilógica, contradictoria y arbitraria.

Cita de doctrina y señala que el juez ha incurrido en un razonamiento ilógico basado en una apreciación parcial y subjetiva del plexo probatorio, por lo que cabe la sanción de nulidad prevista por el art. 416 inc. 4 del CPP.

Luego de transcribir los hechos que fueron alegados y que son idénticos a los contenidos en el requerimiento de citación a juicio y la calificación legal, refiere que formuló acusación en el debate por los mismos delitos y solicitó una pena de ocho años de prisión.

En primer lugar transcribe los fundamentos del a quo y, en contrario a lo allí señalado, afirma que surge, sin dudas, del testimonio de la víctima la participación del acusado en el delito de abuso sexual con acceso carnal.

Sostiene que la sentencia descarta la condena del acusado por falta de precisión de las circunstancias temporales y modales de los hechos denunciados, sin embargo, refiere que dichas circunstancias se lograron corroborar desde la investigación penal preparatoria, a cuyo efecto transcribe parte del acta de denuncia del 22/04/2019 de fs. 26 y ss.; su ampliación del 23/04/2019 de fs. 34 y la nueva declaración de fs. 127/128 de L.M.A.

Juzga la declaración de ésta como contundente en cuanto a las circunstancias temporales aun cuando no recordara las fechas exactas. Añade, además, que las mismas son coincidentes con lo informado por el EPASI en relación a los episodios vivenciados.

Por otra parte puntualiza lo sostenido por la víctima en cuanto brinda detalles de tiempo, modo y lugar en que se cometían los abusos. Expresa al respecto los períodos en que ocurrieron: al final de la convivencia, entre enero y marzo de 2019, acaeciendo él último abuso un mes antes de la denuncia.

Destaca que estos hechos se produjeron en el marco de una relación de pareja en un contexto de violencia de género. Cuestiona que el juez fundara la duda en las imprecisiones temporales que habría expuesto la víctima y afirma que ellas no le pueden ser reprochadas a ésta porque los hechos deben ser valorados con perspectiva de género.

Lo contrario importaría desconocer las circunstancias especiales en que se encuentran las víctimas de abusos sexuales y el contexto de violencia de género en que se enmarcan. En cuanto a la modalidad de los hechos, expresa que, de la denuncia, surgen claramente los detalles precisos de los actos perpetrados así como la negativa expresa de la víctima a tener relaciones sexuales, límite que fue vulnerado por quien era su pareja. En apoyo de ello, refiere el testimonio de la Licenciada Yamila Díaz del EPASI.

Por ello entiende que los argumentos del sentenciante son arbitrarios y desconocen estos precisos detalles brindados por la víctima en múltiples declaraciones. Cita fallos al efecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al análisis de la prueba y los supuestos de duda. De tal manera considera que la valoración efectuada contradice la normativa vigente y los antecedentes jurisprudenciales mencionados.

Por otra parte, no comparte el razonamiento del juez de la instancia previa en cuanto a que la víctima fue dubitativa así como que, ante preguntas de la defensa, afirmara terminar aceptando mantener relaciones con el acusado para tranquilizarlo.

En este sentido, entiende que aquélla fue categórica respecto de su falta de consentimiento a tener relaciones sexuales, lo que se compece con los exámenes psíquicos del acusado. Afirma, por ello, que el juez de sentencia se basó en falsas premisas y en una interpretación beneficiosa para el encartado, teñida de subjetividad y de estereotipos de género discriminatoria para la mujer.

Afirma la existencia de intimidación para doblegar la voluntad y coaccionar a la víctima a mantener relaciones sexuales pese a su negativa expresa, lo que demuestra su falta de consentimiento.

La intimidación, señala, fue el medio comisivo utilizado por el acusado aun cuando no existiera forzamiento físico, debiendo sumarse la cercanía física de sus propios hijos, como motivo más de la falta de resistencia.

Añade que la víctima no fue dubitativa sino clara en su relato valorándose equivocadamente su testimonio y desconociendo la intimidación a la que estaba siendo sometida, limitando su razonamiento sólo a la ausencia de forzamiento físico, contrariamente a lo informado por el Licenciado Silvestre y su testimonio en el juicio que entendió que la misma se encontraba bajo riesgo de violencia física grave o riesgo vital, motivo por el que no hubo consentimiento.

En forma coincidente, refiere el informe y testimonio de la Lic. Squillario y la Dra. Interlandi.

Cita jurisprudencia y doctrina al efecto. Por ello entiende que existe arbitrariedad en la valoración del a quo, que reproduce estereotipos de género, repudiados por la normativa nacional e internacional.

De acuerdo con ello entiende que el argumento del sentenciante representa violación al derecho de igualdad ante la ley pues se ha basado en meras conjeturas obstaculizando el acceso a la justicia de la víctima.

Ello revela una actitud discriminatoria frente a la mujer y falta de consideración al contexto de violencia de género. Cita nuevamente jurisprudencia nacional y local en relación con el valor probatorio del testimonio de la víctima en contexto de violencia de género y modo de análisis.

Respecto del insuficiente valor convictivo de los informes periciales, concluyentes al afirmar la verosimilitud, coherencia y carencia de ganancialidad del relato de la víctima, cita jurisprudencia en

referencia al valor de los elementos objetivos probatorios de carácter periféricos. Seguidamente detalla los distintos informes de valoración de riesgo (fs. 109 y vta.), los exámenes realizados a la víctima (psíquico del CMF de fs. 35 y vta. y psicológico psiquiátrico del EPASI de fs. 269/270), así como la declaración de cada uno de los testimonios de los profesionales pertinentes (Dr. Silvestre; Lic. Squillario; Dra. Interlandi; Lic. Díaz y Lic. Mama); el examen psíquico del CMF del acusado de fs. 64 y vta. y testimonial de la Dra. R.. Sobre la base de ellos concluye que éstos respaldan el relato de la denunciante corroborando el delito de abuso sexual con acceso carnal y que en la sentencia se ha hecho una valoración insuficiente y parcializada de la prueba incorporada al proceso.

En razón de todas estas consideraciones señala que la autoría material del acusado se encuentra acreditada y que los hechos caen bajo la modalidad de los arts. 4 y 9 de la ley 26.485, modalidad de violencia doméstica.

Finalmente, concluye que los hechos están indiscutiblemente comprobados, que la sentencia carece de motivación y fundamentación suficiente, lógica y objetiva al no respetar los principios de la sana crítica racional y por no considerar la totalidad de las pruebas regularmente incorporadas al proceso, omitiendo la observación de la legislación sustantiva de la materia objeto de este proceso. Solicita por último, se dicte la nulidad del fallo y la prosecución de la causa manteniéndose la calificación originaria.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 184 contesta la vista de ley y mantiene el recurso de casación articulado por la Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal especializada en Violencia de Género.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos, que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal debe prosperar y, en consecuencia, debe anularse parcialmente la sentencia impugnada.

Según surge del libelo recursivo los vicios que la recurrente individualiza se entrelazan y se determinan entre sí.

En efecto y como se explicará, la arbitrariedad en el análisis de la prueba, sin la debida consideración del contexto de violencia de género, llevó al juez de la instancia anterior a la aplicación del principio de la duda para fundamentar su absolución respecto de uno de los hechos atribuidos en la causa N° P-707.859/19 –que fueran calificados como abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos–.

Ello a pesar de que el acusado también resultó condenado por hechos que fueran encuadrados como amenazas y lesiones leves dolosas agravadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género, situación sobre la que me detendré más adelante.

El argumento medular que abona la absolución que se cuestiona se centra en determinar el valor probatorio del testimonio de la víctima de autos, tanto aisladamente, como en consonancia con el resto del material probatorio debidamente incorporado y rendido en el juicio.

Ello bien lo ha puntualizado la recurrente y surge claro de los fundamentos de la sentencia.

Baste su lectura para concluir que sólo éste, el testimonio de L.M.A., ha sido juzgado por el sentenciante como dubitativo y poco claro, y con suficiente peso probatorio como para determinar la duda y consiguiente absolución de C. R.. Así, sostuvo que «[c]on referencia a la acusación por abuso sexual contra ella, la dicente en forma dubitativa, no fue clara en su relato.

Dijo que, en algunas ocasiones ella se negaba y que él no atendía razones y se ponía inaguantable y entonces ella aceptaba mantener relaciones sexuales porque él entendía que tenía que ser sí o sí.

Que varias veces dijo que no, pero él no le hacía caso», (ver fundamentos, fs. 149, última parte del segundo párrafo). Luego y aún cuando transcribe sucintamente, entre otros, los testimonios de los profesionales médicos y psicólogos del CMF así como del EPASI, ya mediando valoración probatoria, es que al valorar los elementos de prueba de la causa estimó pertinente la aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

En este sentido sostuvo que compartía plenamente los argumentos de la defensa, dadas las escasas pruebas incorporadas, pues no había quedado probado de modo alguno la autoría y responsabilidad del encartado respecto de los abusos sexuales con acceso carnal atribuidos.

Más adelante señaló que «[l]as dudas que han quedado evidenciadas son de tal magnitud que ameritan la aplicación del art. 2 del CPP [...]. [É]stas son de tal magnitud que impiden [...] el dictado de una sentencia condenatoria [...]. [S]e desprende que, en primer lugar, esta causa se inicia a raíz de la denuncia de un hecho de agresión por parte del imputado hacia la víctima en el contexto de violencia de género [y] a lo largo del examen de las pruebas, se advierte que realmente existieron golpes por parte del imputado hacia la víctima. Este hecho ocurrió en una fecha precisa, el 22 de abril de 2019 y fue corroborado por el testimonio de todos los testigos, e incluso la declaración del imputado [...] pero luego derivó en una ampliación denunciando al imputado de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS [el subrayado está en el original]. Lo que pone de manifiesto la primera duda razonable, es decir la imposibilidad de determinar con precisión cuándo y cómo habrían ocurrido los hechos. [P]or otra parte al prestar declaración ante el tribunal [la denunciante] fue muy dubitativa y finalmente, ante preguntas de la defensa, admitió que ella terminaba aceptando mantener relaciones sexuales para tranquilizar a su pareja» (ver fundamentos, fs. 150 vta. y 151, último y primer párrafo).

Y agregó, para concluir, «[...] si bien las pericias realizadas por las Licenciadas intervinientes fueron todas concluyentes en afirmar que el relato de la víctima era **verosímil, coherente y carente de ganancialidad, sin embargo, a mi juicio, no son lo suficientemente concluyentes como para disipar las dudas** surgidas a lo largo del debate y que ya han sido explicitadas» (ver fundamentos, fs. 150, última parte del párrafo primero).

Como adelanté, la valoración del testimonio de la víctima devino medular para el sentenciante y lo es también para el análisis de este Tribunal en dos aspectos.

El primero, acerca de la validez propia que cabe darle a los dichos de una víctima de abuso sexual en primera instancia y, asimismo y más aún, en contexto de violencia de género.

El segundo sobre los elementos probatorios de carácter periférico que avalan el relato de la denunciante.

Por otra parte, y previo al análisis del valor probatorio de dicho testimonio o de los elementos periféricos que lo avalan, entiendo oportuno realizar algunas consideraciones respecto de la valoración probatoria con perspectiva de género.

En este sentido debe señalarse que el juez de la instancia previa, a más de considerar en forma aislada el testimonio de L.M.A., no explica las razones por las cuales aquella no resulta creíble o deviene insuficiente para acreditar los hechos investigados.

Más aun cuando a renglón seguido reconoce que los resultados de los exámenes realizados por profesionales se apartan manifiesta y coincidentemente –y en ello todos acuerdan– de dicha afirmación.

Vale considerar, además, la manifiesta contradicción en la sentencia y que surge de la propia transcripción realizada por el juez de los testimonios de dichos profesionales.

En este sentido se expresó que la Lic. Ana Interlandi, en el debate, había considerado el relato de L.M.A. como verosímil por su espontaneidad y que no se advertía que hubiera sido influenciada; por lo que se trataba de un relato emocionalmente correcto en el que tampoco se advertía contradicciones (ver fundamentos, fs. 149 vta., párrafo primero).

Por su parte, refirió a lo informado por la Lic. Laura Squillario, quien señaló que la versión de L.M.A. era verosímil, clara y espontánea y que no se advertía que fuera un relato ganancial. De tal manera la profesional consideró que aquellos relatos referidos a los casos de agresión física serían compatibles con hechos de agresión sexual (ver fundamentos, fs. 149 vta., párrafo segundo).

También hizo mención al informe de la Lic. Julieta Mamma, quien expresó que «[...] el relato de la víctima resulta coherente, creíble y sin contradicciones, sin signos de ganancialidad alguna [...] hubo indicadores [...] de que dichas relaciones se realizaron en contra de su voluntad [y que] hubo sometimiento por parte de la víctima» (ver fundamentos, fs. 149 vta., párrafo cuarto).

Además, el juez señaló que el Dr. Leandro Silvestre del CMF se expidió en el sentido que «[...] pudo haber habido, aparte de la violencia sexual, también violencia económica y psicológica (insultos, gritos, discusiones)», así como que «[...] el relato de la víctima fue coherente, preciso y verosímil» (ver fundamentos, fs. 149 vta., párrafo quinto). Sumado a ello, ratificaron estos mismos conceptos, la Lic. Díaz y la Dra. Gómez, quienes se remitieron y ratificaron los conceptos vertidos en sus informes.

Si contraponemos los informes profesionales incorporados como prueba instrumental a la afirmación general del sentenciante cuando señala que éstos «no son lo suficientemente concluyentes como para disipar las dudas surgidas a lo largo del debate y que ya han sido explicitadas», surge clara la contradicción pues dichas dudas, que nunca explicita, fueron debidamente zanjadas por las testimoniales de estos profesionales en el juicio al ratificar y ampliar aquellos informes.

Sólo restaba realizar la valoración acorde de unos –los informes– y otros –los testimonios– junto a la denuncia de L.M.A. de autos, pues ni tan siquiera existe reseña de valoración alguna –en contrario– de esos testimonios.

Entiendo por ello, como adelanté, que ha existido una valoración arbitraria de los dichos de L.M.A., careciendo la sentencia de fundamentos claros y contundentes que le permitan restar credibilidad al testimonio de la denunciante en orden no solo al delito denunciado sino además al contexto en que se

encontraba inmersa en función con el resto del plexo probatorio arrimado en autos, y ello no hace sino traslucir claramente el error del sentenciante.

Esta inconsistencia impide fundamentar suficientemente el grado de duda que esgrime para absolver al acusado, en tanto se fundamenta solamente en la falta de claridad y carácter dubitativo del testimonio de L.M.A, en su falta de denuncia inicial, en la imposibilidad de determinar cuándo y de qué modo sucedieron los hechos y en la supuesta aceptación en el mantenimiento de relaciones sexuales con el acusado. De ello me ocuparé, previo efectuar algunas precisiones en orden al contexto de violencia de género y la valoración de la prueba en dicho contexto.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros**). **En especial en “Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria

para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Así, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. Nos encontramos frente a la atribución de un hecho que fuera calificado como abuso sexual con acceso carnal en una relación de pareja e inmersa en un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior no ha considerado los parámetros antes referidos al momento de ponderar los elementos de prueba obrantes en la causa. Ello, más aún cuando sí consideró en la misma sentencia que L.M.A. sufrió lesiones leves agravadas por mediar relación de pareja y en contexto de violencia de género, sin mayores consideraciones, debo aclarar. Vamos al caso concreto.

Caso concreto

Tal como señaló la representante del Ministerio Público L.M.A. indicó claramente en su denuncia del 22 de abril de 2019 (fs. 01/04) los golpes y amenazas sufridas por parte de su pareja desde hacía tres años. Ello, en la vivienda que habitaba y que era de ella con anterioridad.

En ese orden, señaló reiteradas situaciones de violencia familiar que no había denunciado y que databan de un año atrás. Añadió, al ser preguntada respecto del tipo de violencia sufrida, que era abusada sexualmente por el acusado pese a su negativa, brindando detalles de tiempo, lugar y modo.

Dijo que los hechos sucedían de noche, y que a pesar de su negativa el acusado le apretaba las manos, le daba besos, forcejeaba con ella, le sacaba la remera y el pantalón y la penetraba. Reiteró dicho relato a fs. 34 y luego, nuevamente, a fs. 127/128 en términos coincidentes.

Esta última vez agregó que los abusos comenzaron cuando el acusado incrementó su consumo de estupefacientes y que se ponía violento ante su negativa manifestándole que no le importaba y que si no era de él no iba a ser de nadie.

Ya en el debate, L.M.A. señaló que el acusado «[...] es una persona que se drogaba mucho, siempre decía que si no estaba con él no iba a estar con nadie [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 11:15 en adelante). A lo que agregó que «[...] hace un año que veníamos mal y esa fue la gota que rebasó el vaso [...]», refiriéndose al hecho de los golpes, y que, «[...] hace un mes que le decía que se fuera, él me pegaba [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 11:35 en adelante).

A preguntas directas de la fiscal acerca de si la obligaba a mantener relaciones sexuales contestó «[n]o, no entendía que no quería estar con él, que estaba enojada, pero jodía y yo accedía para que se quedara tranquilo [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 12:22 en adelante)».

Más adelante volvió a referir, «[c]omo él era agresivo, cuando en la comisaría me preguntaron si me obligaba a tener relaciones, yo dije que peleábamos todos los días, que por eso yo estaba enojada y no quería estar con él, pero él no entendía.

Él creía que así tenía que ser, él no estaba bien de la cabeza [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 18:57 en adelante). Además, señaló que «[n]o entendía lo que era no, que no quería estar con él porque me sentía enojada. No quería tener relaciones con él [...]» y a preguntas del Ministerio Público Fiscal acerca de si se lo hacía saber dijo «[s]i, pero no decía nada, se ponía inaguantable y por eso yo accedía a estar con él y al otro día era la misma cosa y así [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 21:39 en adelante).

Aclaró que «[m]uy mal era que él todos los días estaba drogado [...] no podía estar sin droga, era agresivo, impulsivo, todo lo tomaba como agresión, se iba a las manos, [...] insultaba, daba manotazos, yo me defendía también, me pegaba, solía andar con moretones, una vez me pegó en el oído [...] no hice nada, no puse denuncia. [...] la última vez rebasó el vaso, él estaba drogado y me decía que si yo no estaba con él no iba a estar con nadie y que me iba a prender fuego a mí y que no le iba a importar con quien estuviera».

A lo que agregó que en la vivienda vivían sólo ellos y sus tres hijos, y esos dichos los tomó como una amenaza que, si bien no creía que la cumpliría, le tenía miedo, porque no entendía nada y estaba todo el tiempo agresivo (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 22:10 en adelante; minuto 31:00 en adelante nuevamente).

Efectivamente coincido con la fiscal en que estas declaraciones rendidas en el debate no constituyen propiamente retractaciones de la L.M.A. pues, si bien se advierte un intento de su parte de mejorar la situación del acusado, siempre y en primer lugar, en todas sus declaraciones hizo saber de la negativa a

mantener relaciones sexuales, a lo que añadió que terminaba accediendo por temor o para evitar situaciones más graves originadas en la condición del propio acusado, particularmente su violencia y agresividad producto del consumo de estupefacientes en general.

La denuncia y sus posteriores ampliaciones fueron debidamente incorporadas al debate como prueba instrumental y desvirtúan esa falta de denuncia inicial alegada como primera duda razonable expresada por el sentenciante, pues fue el mismo día 22 de abril que refirió haber sido víctima de amenazas, lesiones y abusos sexuales.

Del mismo modo cabe concluir respecto de la imprecisión en cuanto a las fechas y las modalidades de comisión, pues de los hechos denunciados brindó amplios detalles.

Así, y aun cuando no lo hiciera respecto de una fecha precisa, indicó que el último hecho había sido en marzo de 2019 y que los abusos databan desde hacía tres meses.

Del mismo modo, «[E]s cierto que, en episodios de violencia en el seno de una familia, y más particularmente, en el supuesto de delitos vinculados al abuso sexual, es común que no se cuente con más pruebas que las solitarias manifestaciones de quien se presenta como víctima. Más allá de que esta circunstancia exige de algún modo agudizar el análisis y, en muchos casos, apelar a la prueba indiciaria apta para confirmar lo expresado por el testis unus, lo cierto es que jamás esta manera de abordar el examen de un caso, podría autorizar al relajamiento del rigor propio que exige la valoración de la prueba para llegar a una sentencia de condena ni, menos aún, a menoscabar siquiera mínimamente, el derecho de defensa en juicio del acusado» (**Tribunal Oral y Criminal N° 8, «Suárez». Causa N° 46892/2010. 16/4/2018**).

De tal manera la firmeza en el relato de L.M.A. en cuanto a los hechos de los que habría sido víctima, sumado a la incorporación de elementos de corroboración periférica, resultan suficientes para desvirtuar el razonamiento del tribunal de la instancia previa en relación a la existencia de duda respecto de los abusos sexuales que aquélla denunciara.

En el caso entiendo que el relato persistente en el tiempo de la víctima, no solo a través de las denuncias efectuadas sino ante los distintos profesionales que la evaluarán y asistieron –lo que refirieron que su versión de los hechos se caracterizaba por su coherencia, veracidad y ausencia de ganancialidad–, así como el informe psicológico del propio acusado cumplen acabadamente los parámetros para considerar aquel testimonio como veraz en orden a los hechos de abuso sexual.

En particular, debe destacarse que aquel examen realizado al acusado da cuenta de su violencia y que era consumidor habitual de alcohol y estupefacientes.

Esta situación fue corroborada por él mismo cuando declaró en el debate.

Ahora bien, valorar la prueba con perspectiva de género no es un nuevo método de ponderación sino que se corresponde con el método de la sana crítica racional, que es una manda procesal de los arts. 206 y 407 del CPP.

De tal manera, es dicho método, a la luz de la normativa internacional y nacional vigente, el que nos impone, en la adopción de decisiones jurisdiccionales, el deber jurídico de ponderar todos los elementos de prueba atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso.

En este caso en particular que esa labor hermenéutica debió atender la situación de vulnerabilidad en que el acusado colocaba a L.M.A., quien a través de su testimonio informó de lo que acontecía en el ámbito de intimidad de su hogar.

De allí, el valor fundamental de su testimonio, y su correcta valoración, para comprobar los extremos de la imputación delictiva, los que por otra parte y como se ha detallado antes, encuentran adecuada corroboración en elementos de prueba periféricos, los exámenes profesionales realizados a L.M.A. y al acusado, así como los testimonios de estos últimos. Merece, por último, consideración especial la inexistencia de forzamiento físico como determinante de asentimiento, también evaluada por el sentenciante en favor de la absolución por la duda del acusado.

Ello, dada la relación de pareja que ambos ostentaban, más allá de que L.M.A. dijera que ya no lo eran pero que al momento de los hechos aún compartían la vivienda ante la negativa del acusado de retirarse de la misma. Efectivamente surge del testimonio de L.M.A. con absoluta claridad la falta de consentimiento.

De tal manera, el acusado hacía uso de intimidación –le decía a L.M.A. «si no sos mía, no sos de nadie»–, de amenazas –L.M.A. refirió que «se acercó para tener sexo, yo le dije que no porque no quería estar más con él y él me dijo que igual iba a estar con él»–, las mismas por las que resultara condenado, pero también de violencia física –fue categórica la denunciante cuando expresó que el acusado «comenzó a darme besos, me apretaba las manos»–, todo ello para doblegar su voluntad y accederla carnalmente no obstante su negativa expresa. Si bien esta situación intentó ser minimizada por L.M.A. en el debate, de su declaración surgió evidente su negativa expresa a mantener relaciones.

Así, sostuvo en uno de los tantos pasajes de su declaración que el acusado «[t]odo el tiempo balbuceaba, insultaba, estaba agresivo, no me obligaba, pero para que no me siguiera chichoneando la cabeza, yo estaba con él [...]» nuevamente agregó, «[...] pero no me obligaba físicamente, sino que no entendía, no entendía que no era no [...]» (ver audio del 02/11/2019, parte I, minuto 36:38 en adelante).

En este sentido debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho». (Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

A ello agregó que «[n]o es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato [...]» (Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 91).

La Corte también ha señalado que «[L]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia

también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales» (Corte IDH, caso **Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C N° 339, párr. 170, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derecho humanos y mujeres, p. 104. En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 209).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional pueden guiar la investigación de casos de violencia sexual. Esto por cuanto allí se establece que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas para facilitar su participación y testimonio en el proceso penal. Además, debe garantizarse el acceso completo a la información sobre el proceso.

En relación con el tipo de pruebas admisibles, señala la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual, por el ambiente de coerción que puede crear el agresor y por una diversidad de factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente a su agresor (CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, págs. 24 y 57).

Por su parte, y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha destacado que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual (CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 63, 9 diciembre 2011, págs. 28 y 29).

En igual sentido se ha expedido la Corte Penal Internacional al referir que son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima (Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000, Regla 71).

La Regla 70 de éstas resulta ilustrativa para el caso que nos ocupa en cuanto a la importancia de **no inferir consentimiento por parte de la víctima**, el ambiente de coerción que transitó generado por el agresor y cómo ello facilitó la falta de resistencia física.

Así, «[E]n casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios [...] a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) [...] no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) [...] no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo». (**Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70**)

Por último, y respecto de la violación sexual en el matrimonio –en el caso de trata de una pareja conviviente–, entiendo oportuno señalar que el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém

do Pará (MESECVI) hizo recomendaciones respecto de la tipificación o agravamiento de la violación sexual cometida en el marco de una relación de pareja (extensible a otros delitos cometidos en el marco de relaciones interpersonales).

Así, expresamente refirió que «[l]a implementación de programas de formación para impulsar cambios actitudinales en las/los operadores de justicia que permitan que identifiquen e investiguen de manera exhaustiva los diversos delitos que se pueden configurar cuando una mujer realiza alguna denuncia, dado que en las relaciones interpersonales, frecuentemente se entrecruzan diversos tipos de violencia de género, tales como la psicológica, física y sexual [...]».

En conclusión, además de la tipificación del delito de violación en el matrimonio, el Comité reitera la importancia de remover los procedimientos y obstáculos, incluidos los prejuicios, las ideas preconcebidas y sexistas, que impiden a las mujeres obtener justicia en estos casos» (Segundo informe de seguimiento a las recomendaciones del comité de expertas del MESECVI, abril de 2015, párr. 71 y 72). Por su parte, debe tenerse en cuenta que el Comité CEDAW se expidió: «[...] [e]n lo que respecta a la violación en el matrimonio, el Comité insta al Estado parte a que implante un sistema que aliente a las mujeres a denunciar los incidentes de ese tipo y a que establezca un conjunto de indicadores para evaluar las tendencias por lo que se refiere a la presentación de denuncias de este delito y su incidencia» (Comité CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/CO/06, 16-08-2010. Párr. 24. Extraído de Jurisprudencia y doctrina sobre violencia sexual, Doisser-1, UFEM - Unidad Fiscal especializada en violencia contra las mujeres, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación).

Traigo a colación estas recomendaciones y citas pues las entiendo ajustadas al caso que nos ocupa.

La errónea valoración de la prueba que he estimado presente en la sentencia cuestionada por la representante del Ministerio Público Fiscal y el contexto en que se han desarrollado los hechos, sumado a la mera sospecha de inobservancia de todos estos parámetros de interpretación judicial al ponderar el plexo probatorio, me habilitan a recordar la vigencia de la normativa legal y convencional que nos rige y que en el caso estimo ha sido soslayada.

Por último y ya lo introduje al comienzo, cabe señalar también que el acusado resultó condenado por el delito de amenazas simples y lesiones leves agravadas por existir relación de pareja y mediar violencia de género y si bien existe informe físico del que surgen las lesiones sufridas, aquí sí pareció determinante para el sentenciante la declaración de la víctima y los informes de los profesionales, aquellos mismos que resultaron insuficientes en orden a la acreditación de los hechos calificados como delitos de abuso sexual.

La existencia del contexto de violencia de género determinante para condena en aquellos delitos debió motivar al sentenciante a ahondar el análisis y dar razones del diferente valor o peso dado a cada uno de los elementos de prueba en orden al delito sexual, evitando, sostener, sin más, una existencia de duda insuperable en favor del acusado que deviene desprovista de fundamentos legales que permitan controlar el acierto o no de la decisión.

Por lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular parcialmente la sentencia N° 1.340 y sus fundamentos dictados, en Sala unipersonal, por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, y remitir las actuaciones a la OGAP del dicho Tribunal a fin de que determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y anular parcialmente la sentencia N° 1.340 y sus fundamentos obrantes a fs. 146 y 148/152 de autos.
- 2.- Remitir las actuaciones a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 2 a efectos de que determine el tribunal que deberá intervenir en el nuevo debate a fin de emitir un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 27 de agosto de 2021.

29- DIAZ CIMARELLI. 07-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=647>

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y f, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b y f del CP. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple, con acceso carnal y gravemente ultrajante. Convivencia. Guarda. Número indeterminado de hechos. Doble protección jurídica. Calificación jurídica. Monto de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó a R. A. D. C. a la pena de veinte años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, con acceso carnal y gravemente ultrajante, todo agravado por el vínculo, por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, en un número indeterminado de veces.

La **defensa** interpone recurso de casación. Cuestiona la pena impuesta. Considera que, al individualizar la pena, el magistrado sentenciante se ha apartado arbitrariamente de los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 CP. Agrega que las circunstancias mencionadas para agravar la pena ya están contempladas en las figuras calificadas del abuso y por lo tanto se habría violado el principio que veda la doble valoración.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso casatorio promovido, estima que los arts. 40 y 41 CP han sido debidamente aplicados por el juez de la instancia previa. Sostiene que el tribunal de juicio no ha incurrido en una vulneración de la prohibición de doble valoración, pues al imponerse la pena se explicó correctamente el modus operandi del acusado

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa convalidando en su totalidad la sentencia N° 1447, tuvo presente la reserva federal formulada y ordenó remitir las actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1447(18-11-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Las Heras Urzi. 25-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=235>
- Luna Cisterna. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=66>
- Córdoba, Jorge A. 15-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221215_FcSCL.pdf
- Merlo Donaire. 08-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=14>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ojeda Pérez 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Vázquez Tumbarello.10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-Doctrina

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78.

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17.

Párrafos destacados

“ [a]l momento de individualizar el monto de la pena necesario para refutar un hecho las razones de prevención especial pueden ceder frente a razones de prevención general. Cuando se atacan bienes jurídicos centrales para la sociedad –tales como la libertad, integridad sexual y sano desarrollo personal de una niña, las circunstancias de atenuación personales, pueden pasar a un segundo plano, si tal temperamento se encuentra debidamente fundamentado.”

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

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-05498141-9/1((018601-56111)) F. C/ D. C. R. P/ ABUSO SEXUAL (56111/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105676810*

En Mendoza, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05498141-9/1, caratulada "F. C/ D. C. S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de R. A. D. C. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia N° 1447 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de veinte años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, por la situación de convivencia pre-existente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, en un número indeterminado de veces; abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, tres hechos, y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, en un número indeterminado de veces, todo en concurso real (art. 119, primer párrafo en función del cuarto párrafo, letras b) y f); 119, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo, letras b) y f) y 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, letras b) y f), todo ello en función con el art. 55 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «en fechas no determinadas, pero aproximadamente durante el transcurso de los años... y ..., en horario comprendido entre las 08 horas y las 12 horas, en la habitación de la vivienda sita en calle ..., Las Heras y en un número indeterminado de veces R. A. D. C. tocó con su mano por debajo de la ropa los pechos, los glúteos y la vulva de su hija **S. V. A.**, nacida en fecha... En otra oportunidad, en iguales circunstancias mencionadas, **R. D. C.** besó a su hija S. en la boca, en el cuello y en los senos, la arrojó sobre la cama, se sacó la ropa, sujetó a la niña de las manos y le introdujo su pene en el ano y en la vagina. Asimismo, aproximadamente a cinco meses de este último hecho y en iguales circunstancias, pero en horas de la tarde, D. C. introdujo su pene en el ano de su hija S. A. Posteriormente, aproximadamente en el mes de marzo de 2018, en el mismo domicilio sito en calle... de Las Heras, en horas de la mañana, volvió a penetrar a su hija S., introduciendo su pene en el ano de la niña. Finalmente, durante el transcurso de los años 2016 a 2018, en horas de la mañana, en el mismo domicilio sito en calle..., el justiciable D. C.,

en un número indeterminado de veces, se recostó desnudo al lado de su hija S. V. y obligó a la niña a que lo masturbara” (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones de los testigos –en particular, la de la madre de la víctima y las de los profesionales intervinientes en las medidas practicadas–, la declaración de la niña S.V.A.D. en Cámara Gesell, el examen físico de fs. 36, el informe de los profesionales del Programa Provincial de Maltrato Infantil, el informe elaborado por los profesionales del E.De.A.A.S. y el descargo del acusado. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de D. C. considera que, al individualizar la pena, el magistrado sentenciante se ha apartado arbitrariamente de los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 CP.

Agrega que las circunstancias mencionadas para agravar la pena ya están contempladas en las figuras calificadas del abuso sexual, ya sea por acceso carnal o por ser gravemente ultrajante.

De este modo, el magistrado sentenciante habría violado el principio que veda la doble valoración. Sostiene, a su vez, que es obvio que toda acción que signifique una agresión sexual aprovechando el ámbito de intimidad de una hija de corta edad deba ser calificado como de extrema gravedad.

A su vez, señala que, al ajustar la pena, el juez se concentró casi exclusivamente en las circunstancias fácticas y dejó de lado las condiciones personales del autor, lo que torna en arbitraria la sentencia, al omitir considerar el escaso nivel de educación, que se desempeñaba como trabajador rural, la falta de antecedentes, la edad y las consecuencias de una condena que lo convierten en un muerto civil, atentándose así contra la resocialización del condenado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 7/8).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que, a la luz del hecho perpetrado por el acusado y la fundamentación de la pena impuesta, el monto de esta no aparece como desproporcionado o carente de fundamentación, motivo por el cual corresponde rechazar el agravio defensivo.

En virtud de lo expresado, el titular del Ministerio Público Fiscal estima que los arts. 40 y 41 CP han sido debidamente aplicados por el juez de la instancia previa.

En concreto, estima que se ha apartado del mínimo con base en la naturaleza y forma de comisión del hecho, las maniobras llevadas a cabo para su logro y la diversidad de los bienes jurídicos en juego y el daño causado.

Finalmente, sostiene que el tribunal de juicio **no ha incurrido en una vulneración de la prohibición de doble valoración**, pues al imponerse la pena se explicó correctamente el modus operandi del acusado para perpetrar los ataques contra la integridad sexual de la menor, circunstancias que se encontraban descriptas en la plataforma fáctica que fue objeto de acusación y quedó plasmada en los hechos que se tuvieron por acreditados.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

Los agravios expresados por la defensa pueden ser expuestos para su análisis del siguiente modo. Por una parte, cuestiona que la pena ha sido arbitrariamente fundamentada con base en que no han sido consideradas las circunstancias personales del autor, **atentándose contra los fines de resocialización** que debe perseguir la imposición de una pena.

Por otra parte, sostiene que se ha **vulnerado la prohibición de doble valoración** al considerarse en el nivel de la culpabilidad cuestiones que integran el tipo objetivo en tanto figura calificada.

De modo preliminar a contestar los agravios referidos, corresponde destacar que, en el caso bajo estudio, **conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y por ser niña.**

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y, por ello, cada una de esas circunstancias demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto.

Este deber también está dirigido a los operadores judiciales, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso (sobre este tema me pronuncié en detalle en el **procedente «Las Heras Urzi»**).

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que «[...] las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para **garantizar su efectividad, las investigaciones** deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación» (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

De tal manera, en los casos de violencias contra mujeres, que además son niñas, se impone tener presente: i) por un lado que la violencia sexual contra aquéllas es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control de su cuerpo y de su sexualidad; y ii) por el otro, que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Bien, dicho esto, considero que los lineamientos precedentes son plenamente aplicables al caso puesto que, compulsadas las constancias obrantes en la causa, así como analizados los fundamentos de la sentencia puesta en tela de juicio –en particular los referidos a la pena individualizada– estimo que, en contra de la pretensión defensiva, no se verifican los defectos que le atribuye a la sentencia. Por un lado,

respecto de la fundamentación de la pena impuesta en el marco de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 CP, el juez interviniente alcanzó la conclusión de que era justo y proporcionado, de acuerdo con la magnitud del hecho y las circunstancias personales del autor, la imposición de una pena de veinte años de prisión.

Recordemos que estos hechos fueron calificados como abuso sexual simple agravado por el vínculo, por la situación de convivencia pre-existente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, en un número indeterminado de veces; abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, tres hechos, y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad y por la guarda, en un número indeterminado de veces, todo en concurso real. Así, está fuera de duda de que estamos frente a hechos de extrema que, a su vez, tiene como víctima a una niña, vulnerable por su edad y por ser mujer.

Cabe destacar, como hizo el juez de la instancia anterior al determinar la pena correspondiente al acusado, que los hechos se produjeron desde el año 2016 hasta el año 2018, ocasionando secuelas psicológicas severas.

De tal manera, la naturaleza y características de los hechos, sumado a la extensión del daño ocasionado, fundamentan la magnitud de la pena impuesta, alejada del mínimo de la escala penal correspondiente.

Asimismo, no puede asumirse con la defensa de que las circunstancias atenuantes tales como el grado educativo del autor, su edad o que se desempeña como trabajador rural debieran ser consideradas forzosamente como atenuantes al momento de individualizar la pena.

Como es sabido, al momento de individualizar el monto de la pena necesario para refutar un hecho las razones de prevención especial pueden ceder frente a razones de prevención general. Cuando se atacan bienes jurídicos centrales para la sociedad –tales como la libertad, integridad sexual y sano desarrollo personal de una niña, las circunstancias de atenuación personales, pueden pasar a un segundo plano, si tal temperamento se encuentra debidamente fundamentado–.

En este orden de ideas, el juez no ha omitido considerar las eventuales circunstancias atenuantes, sino que las ha valorado, justificadamente, sin el mérito suficiente para situarse o acercarse al mínimo de la escala penal (véase punto tres de la tercera cuestión en los fundamentos).

Doble valoración.

Por otra parte, respecto del segundo tramo del recurso cabe decir que tampoco le asiste razón a la defensa cuando advierte una posible vulneración de la prohibición de doble valoración.

En efecto, art. 41, inc. 1 del CP establece como reglas a tener en cuenta para la determinación de la pena, la consideración de la naturaleza de la acción –así, como de los medios empleados– y la extensión del daño y peligros ocasionados. Si bien es cierto que la ofensividad de un hecho calificado aumenta en los casos que se verifican las circunstancias agravantes previstas por la legislación penal, ello no obsta a que, una vez encuadrado el hecho en la figura correspondiente, se pueda graduar la pena conforme la intensidad en que aquellas circunstancias se manifiestan en el hecho de acuerdo con la naturaleza específica de este último y la entidad **concreta del daño sufrido por la víctima (ver al respecto lo referido en los precedentes «Luna Cisterna», «Córdoba, Jorge A.», «Merlo Donaire», «Rivero Gutiérrez», entre otros).**

Por ello, cuando el juez de la instancia anterior meritúa como circunstancias agravantes las características particulares de los hechos que tuvieron como protagonista al autor –el tener de las maniobras llevadas a cabo con motivo de su ejecución, el aprovechamiento específico del ámbito de intimidad en que se produjeron (en la vivienda que compartía con la víctima y su madre) y la extrema vulnerabilidad de su hija– no está valorando en el nivel de la culpabilidad cuestiones ya consideradas en el plano del tipo, sino que está graduando la necesidad de pena con base en las particularidades del hecho en concreto.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el señor Procurador, entiendo que la primera cuestión planteada debe responderse negativamente.

En función de ello, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado debe ser desestimado y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vega**», «**Zurita**» y «**Vázquez Tumbarello**», entre otros.

Particularmente en «**Vega**» destacué la importancia de que en casos donde las víctimas son mujeres menores de edad, se tenga especial consideración por su doble situación de vulnerabilidad.

En el caso en análisis, tal como lo expresa el voto preopinante, ello fue considerado por el juez de la instancia anterior, no sólo en la valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa, sino también al momento de la determinación de la pena que cuestiona la defensa en esta instancia. Por su parte, respecto de la crítica de la defensa a la fundamentación de la pena máximo entiendo que la pena de veinte años de prisión, considero que el recurso no puede prosperar debido a que la sanción impuesta se encuentra debidamente fundada en los hechos y el derecho.

En primer lugar, **porque la sentencia se mantiene debajo del umbral de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal –quien había requerido se impusiera una pena de veintitrés años de prisión (véase audiencia de alegatos, min 33.40)–.**

De este modo, el principio acusatorio se encuentra resguardado. En segundo lugar, el castigo tampoco desborda la escala penal, pues se ubica debajo de su tope con base en las figuras penales imputadas. Por último, **la sentencia presenta un iter argumentativo claro y fundamentado**, distintivo de las circunstancias que el tribunal entiende gravan al autor y su hecho y las razones que de por qué aquellas se imponen frente a la que lo desgravarían, tal como lo ha referido el voto preopinante. Dicho lo anterior, entiendo que la pena impuesta a D. C. se encuentra debidamente fundada, de acuerdo con la escala penal aplicable, y en función de la calificación legal y la gravedad de los hechos imputados, así como la naturaleza del daño causado a la víctima. En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa oficial de D. C.. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. A. D. C. y convalidar en su totalidad la sentencia N° 1447.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 07 de septiembre de 2021.-

30- GOMEZ GELADA. 17-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=586>

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función del 5° y 4° párrafo, inc. b y art. 55 CP. Art. 26 CP.

Vox: NNA. Abuso sexual simple. Encargado de la educación. Improcedencia de condena de ejecución condicional. Prisión domiciliaria. Pena fundada.

Summa:

El **TPC N° 2** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** en efectivo como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la educación –tres hechos en concurso real– (art. 119, primer párrafo en función del quinto y cuarto párrafo, inc. b y art. 55 del CP. El SA era profesor particular de la víctima, un niño de 9 años.

La **defensa** interpone recurso de casación. Cuestiona la pena impuesta y su modalidad.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, estimando cumplidas las exigencias de motivación de la pena.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 210, pronunciada por el TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Pacheco Gatica. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcPGS.pdf
- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

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

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04623868-5/1((018602-26444)) FC/ G G. P. A. P/ ABUSO SEXUAL (26444) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104706975*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04623868-5/1 caratulada "FC/ G.. G. P. A. P/ ABUSO SEXUAL S/CASACIÓN".

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

La defensa oficial de P. A. G.. G. interpone recurso de casación (fs. 193/197) contra la sentencia N° 210 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 en los autos N° P- 26.444/14.

Ello, en tanto condenó a aquél a la pena de tres años de prisión en efectivo como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la educación –tres hechos en concurso real– (art. 119, primer párrafo en función del quinto y cuarto párrafo, inc. b y art. 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio que da cuenta que en el mes de marzo del año 2009, en el domicilio de calle, G.. G. aprovechando su condición de ser profesor particular de la víctima de 9 años de edad, en una primera oportunidad, tocó a RLSH de manera libidinosa en la pierna y quiso meterle la mano por debajo de la ropa, queriendo sacársela y amenazándolo de que si decía algo, la iba a pasar mal, que algo malo le iba a pasar a su familia. Asimismo, el último día que RLSH concurrió a sus clases particulares, el acusado le expresó que si se sacaba la ropa le iba a hacer regalos, ante lo cual, el menor salió corriendo hacia su casa y el sujeto le replicó que si no se sacaba la ropa lo iba a encerrar en la pieza. En esa misma oportunidad, mientras niño RLSH estaba sentado en la mesa, el encartado se puso detrás y comenzó a apoyarle el pene contra la espalda y a desabrocharse el pantalón. Esto fue interrumpido por un hijo del encartado que en ese momento llegaba a la casa. Durante los tres días que el niño concurrió a clases particulares, le tocó la cola, por encima de la ropa y siempre intentó sacársela, lo que era impedido por aquél.

Para así decidir el tribunal de juicio valoró la declaración testimonial de la víctima, de A. M. H. M. y los informes de la Lic. Fusari y de la Dra. Laura Hamma del C.M.F. entre los principales elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

La defensa oficial interpone recurso de casación en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

El objeto de la pretensión defensiva consiste, sintéticamente, en la modificación de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta a G.. G..

En esa línea, expresa que el juzgador no ha tenido en cuenta circunstancias dirimientes respecto al hecho, tales como el tiempo transcurrido y sus consecuencias.

Ello, en atención a la personalidad del acusado, a su edad, y a que ha podido construir y mantener a lo largo de los años una familia, siendo pilar económico de su familia (recurso, fs. 195).

De tal manera, cuestiona que el juez omitió expedirse respecto a las atenuantes que esa defensa técnica manifestó en la etapa de cierre del debate oral. Por tales razones considera que la motivación del decisorio, carece del nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que se llega el sentenciante. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 208/209 vta el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio impugnativo intentado.

Para concluir de tal modo, considera cumplidas las exigencias de motivación de la pena. Destaca que si bien es cierto que la resocialización es uno de los fines de aquella, también lo son los fines de prevención general y prevención especial.

Estos indican que el hecho cometido genera repugnancia e impacta en el orden social. Además, señala que, por la gravedad del hecho y por las condiciones personales del autor, no corresponde una pena de ejecución condicional, porque no sería adecuada una respuesta punitiva menor a la reducción de pena ya realizada, expresada ciertamente en la aplicación del mínimo de la escala penal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

a) Acerca del planteo de sentencia infundada

De manera inicial debe señalarse que la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Como es sabido, la escala penal de un delito constituye un marco dentro del cual el juzgador debe decidir cuál es la pena que considera justa y equitativa conforme las circunstancias del caso y en consonancia con las disposiciones de los art. 40 y 41 del Código Penal.

En el caso en análisis, la pena impuesta al recurrente, se encuentra dentro de la escala comprendida para el delito endilgado –tres hechos en concurso real– que oscila entre los tres años de prisión como mínimo y treinta años de prisión como máximo (art. 119 párrafo 1°, en función del quinto y cuarto párrafo inc. b y 55 del CP).

Conviene resaltar que en el caso concreto, el representante del Ministerio Público Fiscal, al momento del cierre del debate, solicitó la pena de siete años de prisión para el acusado (fundamentos, fs. 182).

Dicho ello, y analizada la sentencia puesta en crisis, entiendo que el juez ha ofrecido razones suficientes para arribar al quantum de penalidad aplicado en función de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP. Al respecto, debe tenerse en cuenta, tal como se reseñó, que el juez impuso el mínimo de la escala penal.

En efecto, el a quo valoró como circunstancias objetivas agravantes de la acción desplegada por G.. G., la extensión del daño causado a la víctima, el stress postraumático sufrido por el menor que a raíz de la experiencia vivida reflejó un comportamiento de evitación hacia el sexo masculino, como su aislamiento social y el alejamiento de sus amigos varones.

Del mismo modo, y en referencia a las condiciones subjetivas del acusado, consideró que G.. G. tenía cuarenta años al momento de cometer los hechos reprochados.

Asimismo, que se trataba de un adulto con estudios terciarios completos, que se desempeñaba como preceptor y que, sin embargo, evidenció con su comportamiento un claro menosprecio a las reglas que regulan la vida en sociedad.

En ese orden, el a quo admitió de manera expresa no tener certeza de que las graves consecuencias del comportamiento de la víctima –tales como su adicción a las drogas, la necesidad de práctica de una traqueotomía– hubieran tenido como único nexo causal la conducta de G.. G..

A esta conclusión llegó luego de valorar los dichos del propio menor y de la Lic. Fusari, del Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infante Juvenil (EPAASI).

Por su parte, debe referirse que el juzgador también brindó razones válidas para justificar su decisión en relación con la modalidad de cumplimiento de la pena dispuesta (v. fundamentos fs.183).

En este sentido, consideró que las circunstancias agravantes –antes referenciadas– impedían que la pena se ejecutara de manera condicional, tal como en subsidio lo había solicitado la defensa.

De tal modo, apreciando que la sentencia representa una unidad lógica, resulta claro que las consideraciones efectuadas de las diversas circunstancias ponderadas para definir el quantum de penalidad, tuvieran vinculación con la solución respecto de su ejecución, que hoy se cuestiona.

En función de lo señalado, aparece claro que la decisión del juez de la instancia previa se encuentra fundada en la disposición del art. 26 del CP.

Por tanto, las razones por las cuales el sentenciante decidió que no resultaba posible aplicar el instituto pretendido «por no darse sus exigencias», surgen directamente de las circunstancias valoradas en forma precedente, y lo inclinaron a aplicar efectivamente la privación de libertad (v. fundamentos fs.183).

Con lo cual, a mi criterio, los argumentos brindados por el Tribunal, resultan suficientes para justificar respecto del quantum aplicado y del cumplimiento efectivo de la pena, descartando cualquier vicio de arbitrariedad en su decisión, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

b) Acerca del planteo de la ejecución de la pena en la modalidad de prisión domiciliaria.

En cuanto al planteo formulado vinculado a la prisión domiciliaria entiendo que corresponde rechazar la pretensión, toda vez que el recurrente no ha articulado objeciones capaces de demostrar las razones concretas que permitan acoger favorablemente su petición.

Por otro lado, constituye competencia del juez con función de ejecución conforme a las circunstancias determinar si corresponde o no, en el caso concreto disponer que la pena impuesta en estos obrados a G.. G. sea bajo la modalidad de prisión domiciliaria, conforme lo dispuesto por el art. 48 inc. d y 49 de la ley provincial.

Esta ha sido la posición en relación a la cuestión propuesta en el **precedente «Pacheco Gatica»**, donde este Tribunal sostuvo que «el planteo resulta extemporáneo de acuerdo a la instancia recursiva transitada, el que deberá, en su caso, efectuarse en la etapa pertinente».

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 193/197, por la defensa oficial de P. A. G.. G..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de septiembre de 2021.-

31- BLANCO SOSA. 27-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=587>

Lex: art. 119, 2° párrafo, 12, 29 inc. 3° del CP. Convención de Belem Do Pará. CADH. Art. 48 inc. d y 49 de ley 8465 de la Provincia de Mendoza.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Introducción de dedos. Valoración de la prueba. Declaración de la víctima. Perspectiva de género en la sentencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, 2° párrafo, 12, 29 inc. 3° del CP). El SA era pareja no conviviente de la progenitora de la niña víctima, desde sus 10 años hasta los 17 de edad entre 2001 y 2008.

La **defensa** interpone recurso y solicita la declaración de nulidad de la pericia agregada, además cuestiona la validez de la que denomina «pericia psiquiátrica», conforme a lo dispuesto por el art. 255 CPP. Ataca la sentencia por considerarla arbitraria e inmotivada. Insta la absoluciónde su asistido y, en subsidio, solicita que la pena impuesta lo sea bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 383, pronunciada por el TPC N° 2 – 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L. S. 186-427. Escudero Benito. 21-12-84
- L. S. 153-011. Cirrincione. 07-03-78
- L. S. 354-218, 392-94 y 397-177
- L. S. 159-423; 164-170, 189-24
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf

- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga M.10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello.10-12-19:https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- González Rodríguez. 02-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGRJA.pdf
- Pacheco Gatica. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcPGS.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables
- Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 21-08-14:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

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

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04764715-5/1((018602-35866)) FC/ B S V A P/ ABUSO SEXUAL (35866) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104842850*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04764715-5/1 caratulada "F. C/ B S, V A. POR ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de V A. B S interpone recurso de casación (fs. 360/383) contra la sentencia N° 383 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que lo condenó a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, 2° párrafo, 12, 29 inc. 3° del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento de costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal que da cuenta que «cuando la víctima tenía diez años de edad y hasta los diecisiete años de edad, V B en un número indeterminado de oportunidades, en el domicilio de calle, en horario posterior a las 20 horas, concurría a la vivienda de mención, que era la de su pareja, que se encontraba trabajando y procedía a tirar a la menor al piso, la encerraba a veces en la habitación y comenzaba a tocarles sus partes íntimas y le decía "déjame tocarte las tetitas" y le metía sus dedos en la vagina, siendo advertida en tales oportunidades de que no le dijera nada a su madre, durante los días sábados, el encartado ingresaba a la vivienda y despertaba a la víctima tocándole las partes íntimas e introduciéndole los dedos en la vagina».

Para así decidir el tribunal valoró principalmente la declaración testimonial de R. I. F. N., de E. C. N. N., de L. R. G. y de G. D., el acta de denuncia de fs. 1 y 2; el examen psíquico de fs.15 y el examen psíquico del imputado de fs. 71.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Expresa que la pericia de fs. 15 es nula de nulidad absoluta y por ello conculca el legítimo derecho de defensa en juicio, por lo que resulta de aplicación los arts. 198, inc. 3 y 199 del CPP.

De igual manera, cuestiona la validez de la que denomina «pericia psiquiátrica» de fs. 71 y, en tal sentido, afirma que si bien aquella fue notificada a la defensa, lo cierto es que no ha sido realizada conforme las previsiones del art. 255 del CPP ya que la misma no se fundamenta cómo es que se llega a las conclusiones allí consignadas, ni se especifica el método utilizado por el perito, cuyo incumplimiento trae aparejada la sanción de nulidad. Se agravia por considerar que la sentencia es contradictoria y presenta una motivación insuficiente, por haber inobservado el art. 155 del CPP.

Ello toda vez que se valora el testimonio de la víctima pero en realidad en la sentencia se exponen situaciones que la misma víctima se encargó de negar en la audiencia de debate.

Finalmente, y como vicio sustantivo entiende que se han aplicado erróneamente los arts 119, 2° párrafo y 10, incs. a y d del CP, por lo que insta la absolución de su asistido y, en subsidio, solicita que la pena impuesta lo sea bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 393/395, el Procurador contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del remedio intentado, toda vez que, a su criterio, la sentencia puesta en crisis no adolece de los vicios que demanda el censurante.

En particular y en relación a los agravios de índole formal esgrimidos considera que el defensor manifiesta una discrepancia con la valoración que efectúa el sentenciante de las pruebas producidas en el debate, como así también de las legalmente incorporadas al mismo.

En orden a los planteos nulificantes de los informes de fs. 15 y de fs.71, considera que el defensor pudo solicitar una pericia de parte o interrogar a los profesionales firmantes y evacuar las dudas respecto de las conclusiones, lo que no ocurrió por lo que el planteo constituye un pedido de nulidad inconsistente.

Finalmente, el Procurador General propicia el rechazo del reclamo por entender que la pretensión defensiva no tiene apoyatura en datos objetivos, ni sustento en la realidad probatoria de la causa y sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva que ha sido desestimada por la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo. De manera inicial entiendo importante destacar que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Conforme las constancias de la causa que se tienen a la vista, la víctima de los abusos pertenece a un sector vulnerable de la población y por ello estimo oportuno formular algunas consideraciones al respecto (a), para luego ingresar al análisis del recurso y de la sentencia puesta en crisis (b).

a) Consideraciones generales respecto de la valoración de la prueba con perspectiva de género

En lo que refiere al núcleo de la crítica casatoria gira en torno a la valoración probatoria efectuada por el magistrado de instancia anterior, por estimarla arbitraria y no haber tenido presente el plexo probatorio global aportado en autos.

En este punto, cuestiona la valoración judicial de lo expresado por la víctima y con su retractación. Ahora bien, entiendo pertinente destacar ciertos extremos antes de ingresar a analizar los agravios específicos presentados por la defensa, en concordancia con lo que vengo afirmando en materia de delitos contra la integridad sexual que afectan a mujeres menores de edad.

En este sentido, en el precedente «Concha, Jesús» sostuve que la víctima «es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del Derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso». Por su parte, allí destacué que se encuentra entre los compromisos asumidos por el Estado argentino el asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del SIDH.

Considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad. En esta misma línea, entiendo pertinente resaltar que la Corte IDH y la CIDH han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la DADH, así como en los artículos 8 y 25 de la CADH (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Como bien expuse en ese precedente, este «compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos», como bien lo viene especificando la Corte de IDH desde el «Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala».

Así, ya he afirmado que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también que, para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Por ello es relevante en casos como el de autos, y con el fin de tener una mayor comprensión de la problemática que abarca, que debamos «[...] analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta

la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Así, para brindar una solución justa para el caso en cuestión debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Debe tenerse en cuenta al respecto que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país de manera soberana mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A ello cabe agregar lo que vengo sosteniendo desde el precedente «Galdeano Reyes» acerca de que la ley nacional 26.485 ha establecido criterio de interpretación de la prueba que importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en el que se desarrolla el hecho.

En este sentido, en afirmé que el art. 16 de ese plexo normativo implica la «garantía de que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes».

Destaqué en el citado precedente que «[l]a jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima».

Así como la Corte IDH ha receptado esta problemática por primera vez en el caso «Castro Castro vs. Perú», en donde meritó el testimonio de la víctima como «necesario y suficiente» para la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos «Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México».

Sentado cuanto precede, considero que el tribunal sentenciante ha interpretado en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la niña, ponderó todas las pruebas indiciarias bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Ahora bien, como anticipé, el recurso casatorio cuestiona la valoración aislada y arbitraria del plexo probatorio incorporado autos por parte del magistrado de instancia anterior.

Respecto a ello, en primer término, debo recalcar que la defensa efectúa descalificaciones generales sin especificar qué pruebas han sido dejadas de lado y cómo su valoración –a criterio de la defensa– conllevaría una solución diversa a la concluida por el a quo.

Ello no resulta irrelevante a la hora de analizar críticamente la sentencia de condena debido a que impide llevar adelante la revisión propia exigida por la parte recurrente.

b) Acerca de los cuestionamientos de la defensa sobre la labor de valoración probatoria efectuada por el sentenciante.

Encuentro que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el magistrado sentenciante respecto a la existencia del hecho, esto es que durante los años 2001 a 2008, es decir entre los diez y los diecisiete años de R.F., B S tocó a la menor en sus partes íntimas, e, incluso, le introdujo sus dedos en la vagina en indeterminadas oportunidades.

En efecto, el a quo sostuvo que pese a las dificultades probatorias que supone la investigación de este tipo de delitos, el testimonio de R.F. resultó una trascendental prueba de cargo como para sustentar la existencia de los hechos y la autoría del acusado. Es así que el reclamo casatorio gira esencialmente en torno al valor convictivo de los dichos de la denunciante, tales como que había sido golpeada y no abusada, o sobre el momento en que le habría contado a su madre que el acusado la acosaba.

Sin embargo, entiendo que más allá de haber sido ese el eje central de la estrategia defensiva para proponer la existencia de un estado de duda respecto de la acreditación del hecho investigado y la intervención de B S, a mi criterio aquellos cuestionamientos no desvirtúan la certeza a la que llegó el tribunal para el dictado de la sentencia condenatoria. Es que, el juzgador consideró que el relato de R. F. mantuvo una coherencia respecto de las circunstancias de lo acontecido y que en lo medular su versión de los hechos se mantuvo inalterable (fundamentos, fs. 334 vta.), por lo que lo declarado en las diversas oportunidades no contiene fallas de importancia que le resten valor convictivo.

En ese sentido, el sentenciante puso de resalto que «ha pasado mucho tiempo, y hay cosas que la víctima no recuerda» (fundamentos, fs. 334 vta.), dato de no menor importancia dado que R.F. tenía diez años cuando comenzaron los abusos y la denuncia la realizó, finalmente, a la edad de veinte años (fs. 1/3). Las variaciones en su relato, a mi criterio y tal como afirma el sentenciante, se contrarrestan si se tiene en cuenta que R.F. «mantuvo un relato claro, impregnado de alta repercusión emocional y tristeza» (fs. 15).

De este modo, y según entiendo, el recurrente intenta aislar algunos de los elementos probatorios para privarlos de la eficacia que se deriva de su análisis integral, resultando su queja una discrepancia con el criterio del juzgador, insusceptible de conmover la decisión a la que se arriba, por lo que no puede prosperar, según se ha dicho con antelación (L.A. 159-423; 164-170, 189-24, entre otros).

El sentenciante ha cumplido idéntica labor respecto del testimonio de E.C.N., al que si bien lo consideró como un testimonio desorganizado y con poca claridad, su relato le permitió avalar lo narrado por la R.F., en cuanto a que B fue pareja de E.C.N. desde el año 1997 y que el acusado tenía la llave de la casa; que desde el año 2001 al 2008, ella trabajó desde las 8 de la mañana hasta las 15 horas, y en el año 2002 tomó un trabajo desde las 16 horas hasta las 20 horas y que también trabajaba los días sábados por la mañana. En definitiva, y vinculado a los cuestionamientos de la defensa, el tribunal de juicio sostuvo que las

contradicciones resaltadas por la defensa recaen sobre aspectos secundarios, lo que lo llevaba a afirmar que el de R.F. era un relato propio y no influenciado por tercera personas.

Por su parte, la defensa no ha aportado argumento alguno capaz de controvertir estas premisas o de explicar de qué modo el tribunal ha sido arbitrario al analizar los puntos de contradicción alegados en la audiencia de debate, razón por la que la crítica debe ser desestimada. En tal sentido, ver precedente recaído en “González Rodríguez”.

Desde otra perspectiva, la defensa alega la existencia de una serie de falencias de índole formal en torno al informe de fs. 15 y de fs. 71 cuestiones que, a su criterio, conducen a la nulidad de la sentencia cuestionada. Al respecto, destaco que el tribunal rechazó la nulidad planteada durante los alegatos antes de ingresar al tratamiento de las cuestiones propuestas en el acuerdo para dictar la sentencia que aquí se embiste (fundamentos, fs. 330/331 vta).

Allí sostuvo, con argumentos que comparto íntegramente, que el informe de fs. 15, esto es el examen físico practicado por el Dr. Berte, integrante del CMF, es un informe y no una pericia. Además, y respecto del informe de fs. 71, aclaró que la propia defensa desistió durante del debate de la citación del profesional Dr. José Profili, profesional del CMF que llevó a cabo el examen psíquico de V. A. B (fundamentos, fs. 331).

Dicho cuanto precede, sostengo que la estrategia defensiva sólo incurre en una reedición de los argumentos sin nuevos aportes o consideraciones que refuten las razones brindadas por el juez de anterior instancia y que conduzcan a una respuesta distinta a la ya expresada por el tribunal de sentencia y que al ser planteada en esos términos, conducen al rechazo del agravio.

En cuanto al planteo formulado en subsidio vinculado a la prisión domiciliaria de B S en atención a la edad y los problemas de salud del imputado, entiendo que corresponde rechazar la pretensión, toda vez que el recurrente no ha articulado objeciones capaces de demostrar as razones concretas que permitan acoger favorablemente su petición.

Por otro lado, constituye competencia del juez con función de ejecución conforme a las circunstancias determinar si corresponde o no, en el caso concreto disponer que la pena impuesta en estos obrados a B S sea bajo la modalidad de prisión domiciliaria, conforme lo dispuesto por el art. 48 inc. d y 49 de la ley provincial.

Esta ha sido la posición en relación a la cuestión propuesta en el precedente «Pacheco Gatica», donde este Tribunal sostuvo que «el planteo resulta extemporáneo de acuerdo a la instancia recursiva transitada, el que deberá, en su caso, efectuarse en la etapa pertinente». Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

a) *Acerca de la perspectiva de género en la sentencia atacada.*

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que, al momento de resolver, el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este

sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros).

En especial en “Ojeda Pérez” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Consideré también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de

valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la

ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios del Dr. Ortiz, para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 360/382 vta., por la defensa de V A. B S.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 17 de septiembre de 2021.-

32- MORALES CORNEJO. 22-03-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=592>

Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP. Ley 25087. Ley 27499 “Ley Micaela”. Acordada N° 29318 y su anexo. Ley 26485.

Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Fellatio in ore. Ne bis in idem.

Summa:

El TPC N° 1 condenó al nombrado a la pena de **cuatro años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del Código Penal según Ley 25.087).

La **defensa** interpone recurso de casación, señala que el acto sentencial cuestionado es arbitrario ya que viola el principio ne bis in idem. Cuestiona la valoración probatoria.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 609 (04-09-19), pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- González. 04-10-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181004_FcGCM.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Basualdo. 07-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180607_FcBM.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 26-11-09:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Parágrafo destacado

“...me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal...”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04883021-2/1((028601-4705)) FC/ M. C. M. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (4705) (75943) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104967444*

En Mendoza, a los veinte días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04883021-2 caratulada “F. C/M. C. M J /CASACIÓN”.

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

A fs. 329/341 la defensa técnica de M J M. C., promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 609 de fecha 4 de septiembre de 2019 obrante a fs. 317 y vta. y sus fundamentos de fs. 319/322 vta. en tanto condena al nombrado a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del Código Penal según Ley 25.087).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° 4705/P2-75943/13.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- La sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, tuvo por acreditado que en fecha 30 de mayo de 2013, a la hora trece aproximadamente, en la vivienda ubicada en calle, Mendoza, consistente en un contenedor industrial –container– M J M. C. le sacó la ropa con violencia a N.P.M., la tomó de sus cabellos y le introdujo el pene en su boca, empujando su cabeza en dirección hacia sus genitales. N.P.M. y M J M. C. habían mantenido con anterioridad una relación sentimental que se había interrumpido aproximadamente hacía veinte días antes (ver fs. 321).

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por M. E. A., G. C., J V., J E. G.; la víctima N.M., Juan C. O.; la Lic. R. L. D.; y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

Promueve recurso de casación el defensor técnico de M J M. C. a tenor del art. 474 del CPP.

Señala el recurrente que el acto sentencial cuestionado es arbitrario ya que viola el principio ne bis in idem. Explica que el tribunal se vale de un hecho por el cual su defendido no fue citado a juicio y fue sobreseído para fundar la calificación final por la cual se lo condena en virtud de la valoración que el mismo hace de la prueba.

La defensa refiere que durante la instrucción su asistido fue procesado por el delito de abuso sexual agravado con acceso carnal en concurso real con rapto. Apelada esa decisión M. fue finalmente sobreseído del delito de rapto. Cuestiona que al fundar el requerimiento el Ministerio Público Fiscal y luego al fundar la sentencia se volvió a traer a escena el momento en que su defendido se encontró con N.P.M. y se dio por cierto un hecho que había sido descartado en la etapa de instrucción para fundar la calificación (fs. 334 vta.).

Refiere que como el fiscal no pudo acreditar al acceso carnal vía oral –calificación con la que la causa fue elevada a juicio– se aferra a una circunstancia de realización, cual sería llevar a la fuerza a un lugar a N.P.M. y contra su voluntad someterla a la práctica de una fellatio in ore, configurando la calificación por la cual fue condenado su asistido.

Se queja de la valoración llevada a cabo por el tribunal de la instancia anterior respecto de la testimonial prestada por la denunciante. Refiere que pese a los múltiples golpes y «agarrones» de pelo supuestamente perpetrados en su contra por el acusado, que casi la dobla en peso y fuerza, sólo se constató un hematoma en tercio inferior de muslo izquierdo. Así, y a su criterio, los dichos de N.P.M. son contradictorios y falaces y considera que su declaración fue lograda a «tirabuzón» por el fiscal quien pareció ir dictándole lo que debía decir (ver fs. 337 vta.)

Critica que el tribunal en vez de ponderar como contradictoria la ausencia del cuchillo en el relato prestado en el debate por N.P.M., lo tomó como la necesidad de la víctima de no agravar más la situación del acusado. Cuestiona la asignada veracidad al relato de N.P.M. y al efecto analiza sus declaraciones de fs. 1, 50 y 130 vta. –en relación a la penetración anal denunciada–, las que valora a la luz de las declaraciones del Dr. Barrera que descartó lesiones agudas en región anal y la presencia de semen.

Sostiene que el tribunal debió haber absuelto a su defendido puesto que no se demostró la comisión de abuso sexual con acceso carnal vía oral. Afirma en este sentido que el encuentro entre M. y M. fue consensuado tal como refirió su asistido al declarar a fs. 69/71 y que el encuentro se desarrolló con normalidad, sin violencia y con el consenso de la denunciante.

III.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General se expide a fs. 350/352. Luego de examinar los agravios promovidos refiere que el recurso procede en lo formal, mas no en lo sustancial.

En relación al cuestionamiento relativo al crédito de la víctima considera que sus dichos encuentran apoyo en las declaraciones de J V. y J G., y del estado anímico presentado durante la sustanciación del juicio y el resultado del examen psicológico practicado. Refiere que en atención a la calificación endilgada cobra un valor esencial la declaración de la víctima.

Respecto a la alegada vulneración del principio ne bis in idem señala que en la sentencia se contextualizaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar pero que el hecho investigado consiste en que el acusado obligó a la víctima a soportar la introducción del pene en su boca, de manera tal que, a su criterio, la pretendida infracción no se verifica.

Agrega que la sentencia se valió de pruebas pertinentes y útiles a los fines de acreditar el hecho en las circunstancias narradas por la víctima, por lo que la pretensión de la defensa no resulta ajustada a las constancias de la causa.

Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia recurrida.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido y la sentencia impugnada adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados debe ser rechazado en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar entiendo que es necesario –en atención al primer cuestionamiento formulado por el recurrente– detallar el objeto procesal de la causa que se le sigue a M J M. C.. Al respecto corresponde señalar que conforme los hechos relatados en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 247/248, aquéllos consistieron en que «[e]l día 30 de mayo de 2.013, alrededor de la hora trece, M J M. C., en su domicilio de calle de color blanco–, amenazándola con un cuchillo tipo carnicero de unos treinta centímetros con mango plástico color negro, obligó a su ex pareja, N. P. M. a quitarse la ropa y a que le practique sexo oral, golpeándola reiteradas veces en la cabeza, como modo de empujarla hacia sus genitales introduciéndole el pene en su boca, sin eyacular en ella». La plataforma fáctica así detallada fue calificada por la fiscal de instrucción como abuso sexual agravado con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del Código Penal).

Este hecho fue el que se le informó al acusado en el debate (ver registro audiovisual del debate de fecha 2/9/19 a partir del minuto 01.40) por parte del fiscal que allí intervino quien, al momento de llevar a cabo el alegato inicial, formuló referencia a la ausencia de valoración en la calificación de la utilización de un cuchillo en el hecho y su pretensión de ampliar la acusación. Por último, en el alegato final, en consideración el sustento fáctico referido, la acusación se formuló por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante (ver registro audiovisual del debate de fecha 03/9/19, minuto 24.06). Por su parte, del acto sentencial se desprende que la plataforma fáctica por la que resultó condenado fue exclusivamente la relativa al momento en que el acusado obligó a N.P.M. a practicarle sexo oral (ver fs. 321 segundo párrafo).

Por ello, concuerdo con el Procurador General en que no se ha vulnerado el principio del ne bis in idem por parte del tribunal de la instancia previa, pese a que al momento de valorar la declaración de N.P.M. se ponderó todo el hecho por ella denunciado. Ello así por cuanto la acusación se circunscribió al tramo por el cual se mantuvo. Entiendo que tal forma de valorar la testimonial no resulta lesiva del principio señalado por cuanto su ponderación no significó la atribución de los hechos delictivos sino contextualizar el hecho por el cual fue condenado. Por otra parte, también la defensa –al momento de los alegatos– procedió a valorar íntegramente la testimonial de la denunciante, particularmente aquellos hechos por los cuales su defendido ya había sido sobreseído, otorgándole claramente un significado diverso.

Por lo expuesto es que el agravio formulado al respecto debe ser rechazado, por cuanto no se verifica vulneración del principio señalado y la calificación legal del hecho por el cual se lo condenó es en relación al hecho que se consideró acreditado.

Establecido ello y previo a responder el agravio que se dirige a cuestionar la ponderación de los elementos de prueba y, en especial, el relato vertido por la denunciante –N.P.M.–, al que estima falaz en contraposición al plexo probatorio y los dichos de M. en el marco de la investigación penal preparatoria,

corresponde realizar algunas consideraciones sobre la cuestión de la valoración de la prueba con perspectiva de género.

Se desprende las constancias de la causa que la denunciante N.P.M. forma parte de un sector vulnerable de la población y, por ello considero oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que N.M., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado es titular de protección jurídica: por ser mujer y por haberse producido los hechos en un contexto de violencia de género.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un

abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

De este modo, y como referí, el sentenciante en atención a esta perspectiva construyó la fundamentación del acto sentencial otorgando un valor preponderante al relato brindado por N.P.M., el que, además, consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos. De tal manera, considero que el tribunal sentenciante interpretó satisfactoriamente los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos.

En otro orden, estimo que no corresponde acoger el agravio que se centra en cuestionar el crédito asignado por el tribunal de la instancia previa al relato de la víctima.

Al respecto, la estrategia de la defensa radica en señalar –tal como lo hizo el acusado– que el hecho que se le atribuye fue consentido por N.P.M. En este sentido, el defensor sostiene que no ha sido posible demostrar la veracidad de los dichos de la denunciante y para ello formula referencia a la totalidad de los hechos por los que fue denunciado M. Cuestiona la falta de lesiones derivadas de los sujetamientos, tales como lesiones en brazos o cuello. Afirma que la testimonial fue lograda «a tirabuzón» por el fiscal. Critica que se haya asignado a las contradicciones de N.P.M. la supuesta intención de no agravar más la situación del acusado. Por otro lado, alude a las divergencias en el relato de la víctima en relación a los accesos por vía anal denunciados. Además, afirma que la conclusión del informe del médico Barrera en relación a la ausencia de lesiones en región anal de N.P.M. contradice el relato de la denunciante. Finalmente, critica que el tribunal no haya puesto en cuestión el motivo por el cual la denunciante dejó un aro colgando en el lugar de los hechos.

Tal como señala el recurrente, y se desprende de las constancias de la causa, el hecho denunciado por N.P.M. tenía mayor amplitud y fue encuadrado jurídicamente en los delitos de abuso sexual agravado con acceso carnal en concurso real con raptor (arts. 119 tercer párrafo y 130 del CP).

En este sentido, se incluyó en su plataforma fáctica que N.P.M. fue sustraída por el acusado del lugar donde se encontraba contra su voluntad, que una vez en su vivienda la accedió por vía anal y que finalmente la obligó a **realizarle una fellatio in ore** (ver fs. 171/188). Apelada esta decisión el Tribunal Penal de Menores de la Segunda Circunscripción Judicial acogió parcialmente el recurso, revocó el auto de procesamiento y prisión preventiva en relación al delito de raptor y circunscribió el hecho en relación al delito de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de vía oral (art. 119 tercer párrafo del CP) – ver fs. 221/224–.

De tal manera, entiendo que la referencia a la falta de acreditación del primer tramo de los hechos denunciados respecto de los cuales el acusado fue sobreseído luego del vencimiento de una falta de mérito (art. 310 del CPP ley 1908), no invalida per se las conclusiones a las que llega el sentenciante.

Tampoco acierta la defensa en relación con la ausencia de lesiones constatadas, puesto que la falta de aquellas en determinadas regiones del cuerpo de N.P.M. fueron las que llevaron al tribunal de alzada a revocar en forma parcial el auto de procesamiento. Sin embargo, sí se pudieron constatar lesiones compatibles con la mecánica relatada por la víctima al momento en que M. la obligó a practicar una fellatio in ore. En efecto, el examen médico cuya valoración reclama el defensor da cuenta de la constatación de contractura muscular cervicobraquial, a la que estimó compatible con el esfuerzo físico del día anterior (ver fs. 28).

Por otra parte, no concuerdo con la crítica relativa a que la testimonial de N.P.M. haya sido obtenida por el fiscal luego de preguntas insistentes. Por el contrario, de la reproducción del registro audiovisual de la audiencia del día 3/9/19 (a partir del minuto 1.50) se desprende que luego de iniciado el relato el presidente del tribunal se debió pasar a un cuarto intermedio en razón del impacto emocional sufrido por la declarante. Reiniciada la audiencia y a continuación de las preguntas iniciales formuladas por el representante del Ministerio Público Fiscal la declarante inició un relato fluído y, pese a que las preguntas del fiscal continuaron, no se advierte que éstas hayan resultado indicativas del contenido de la declaración que debía emitir N.P.M. Tan así es esto que no formuló preguntas sobre el cuchillo cuya utilización en el hecho había advertido el fiscal que intervino en la instancia previa al momento de formular la acusación inicial. Además, en la audiencia se encontraba presente el defensor del acusado que no formuló objeciones a las preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Así también de la lectura de la causa emerge que desde la comisión del hecho hasta la celebración del debate transcurrieron más de seis años y la denunciante prestó declaración en el marco de la causa en cuatro oportunidades (fs. 1 y vta., 49/52 vta., 129/131 vta.). No obstante, ello, tal como se señala en la sentencia (ver fs. 320 vta.) el relato, en lo esencial, se mantuvo inalterado, lo que acertadamente llevó al tribunal de la instancia previa a que le asignara veracidad.

También corresponde contestar en forma negativa el resto de los cuestionamientos que se dirigen a enervar el crédito asignado por el tribunal a las manifestaciones brindadas por la denunciante en el debate. Al respecto surge del acto sentencial que los elementos probatorios fueron valorados conforme los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, confrontándolos con las versiones aportadas por N.P.M. y por el acusado en el curso de la investigación penal preparatoria. Se detallaron así los medios de prueba escogidos para tener por probados los hechos por los que resultó condenado M. y, en este sentido, concuerdo en que las declaraciones de J.V. y J.G., corroboran la versión de la denunciante. A su vez, el informe del examen psicológico llevado a cabo por profesionales del Cuerpo Médico Forense (fs. 27) y las declaraciones de la Lic. López Dardanelli en el curso del debate validan la veracidad de lo denunciado, en tanto concluyó que era posible inferir credibilidad en aquél.

En otro orden, a mi criterio, no encuentro asidero a la afirmación de la defensa según la cual existe contradicción entre la versión de la denunciante en su declaración de fs. 100/101 y el informe del Dr. Barrera de fs. 28. Al respecto el sentenciante destaca la contractura cervicobraquial presentada por N.P.M. como compatible con los hechos por los que terminó condenado M. (fs. 321). En relación con la ausencia de lesiones en vía anal constatada en el examen no corresponde expedirse por cuanto no constituye parte del objeto procesal por el que fue condenado M. y que fue parte de las consideraciones tenidas en cuenta al momento de dictarse falta de mérito por esos hechos.

Por último, debe señalarse que tampoco logran conmover el resto de los elementos de prueba que se ponderaron en la instancia previa la crítica que se dirige a cuestionar el motivo por el que N.P.M. dejó su aro en el lugar del hecho y, la pretendida suspicacia de ello planteada por el recurrente.

En otro orden, y en relación al supuesto consentimiento prestado por la víctima y sugerido por el censurante, ha quedado suficientemente desvirtuada a partir del análisis integral del acervo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho.

Estereotipo de género

No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «*la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*» (Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el precedente «González» que «*[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos*».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

Por lo expuesto, y opinión concordante del Procurador General, es que tal como anticipé, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. Ello, en tanto que el recurso de casación promovido no puede tener acogida favorable, por lo que el acto sentencial puesto en crisis debe ser confirmado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. J V. VALERIO, DIJO:

Estimo pertinente destacar que al resolver, el a quo asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Al respecto tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros). En particular, en “Ojeda Pérez” sostuve que «*[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de*

igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Así también en esa ocasión consideré que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». De tal manera «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Por ello, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo,

para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)). Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional puesto que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

En atención a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En definitiva, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 reside no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Entiendo que estas consideraciones resultan

totalmente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior tuvo en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Por último, considero necesario dejar a salvo mi criterio en relación al encuadre normativo de la conducta asignada al acusado M J M. C.. En ese sentido advierto que M. resultó condenado por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en tanto resultó acreditado que obligó a N.M. a realizarle práctica de sexo oral.

En atención a lo expuesto, es que no concuerdo con la decisión adoptada sobre este punto por el Tribunal de juicio, por cuanto considero que la calificación jurídica correcta es abuso sexual con acceso carnal, ya que a mi modo de entender la llamada "*fellatio in ore*", reúne los requisitos típicos previstos en el art. 119, tercer párrafo del CP, en el caso conforme la redacción de la ley 25.087. Como referí en el precedente "Basualdo" con la reforma introducida con la ley precitada se establecía que la conducta tipificada como "acceso carnal", cualquiera sea la vía de acceso en que se consume, resultando por ello comprensiva de la conducta atribuida al acusado.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. J V. Valerio adhiere al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. J V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 329/341 por el defensor técnico de M J M. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. J V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de septiembre de 2021.-

33- YANZON MAYORGA. 27-09-21.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=650>

Lex: Art. 119, 1° párrafo, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f) y 55 CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple y con acceso carnal. Convivencia. Número indeterminado. Concurso real. Ley aplicable.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de veinticinco años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años en un número indeterminado de casos en concurso real (art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f) y 55 C.P) y de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años en un número indeterminado de hechos en concurso real (art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f) y quinto y 55 C.P.) El SA tiene 77 años. La víctima, 10 años.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Destaca que no fue sopesado el resultado de la pericia sobre el imputado que asevera que no tiene patologías en la esfera sexual.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1500, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- 186-427. Escudero. 21-12-84.
- 153-011. Cirrincione. 07-03-78.
- 354-218.
- 392-94.
- 397-177.
- 419-17.
- 397-237. Gatica Toledo. 26-01-09.
- 388-024.
- Grippi. 17-04-08.
- Brancello Urbón. 05-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf

- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Castro Luis. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

c-CSJN

- González Nieva. 08-10-20:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7609901>

Parágrafo destacado

“...entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación...”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05520580-3/1((018601-18871)) F Y QUER. C/ Y. M. V. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SIT. DE CONVIVENCIA.... (18871/19) (18871) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105702895*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05520580-3/1 caratulada "FC/ Y. M., V. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (18871/19) (18871) S/ CASACIÓN".

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

El defensor de V. E. Y. M. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1500 en tanto condena al nombrado a la pena de veinticinco años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años en un número indeterminado de casos en concurso real (art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f) y 55 C.P) en la causa P- 18817/19 y de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años en un número indeterminado de hechos en concurso real (art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f) y quinto y 55 C.P.) en la causa P-30237/19. Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

Según la acusación en los autos P- 18817/19, a Y. M. se le endilgó que sin poder precisar fecha y hora exactas, pero aproximadamente en el año 2006 y/o 2007, cuando M.V.C. tenía entre 9 y 10 años de edad, en el domicilio de... de Las Heras, la niña salió de bañarse y el acusado le tapó la boca y la llevó a la habitación donde dormía con su hermana, para luego penetrarla vía vaginal. Por su parte, desde el año 2006 aproximadamente, cuando el grupo familiar vivía en ese domicilio, después en calle... Barrio... y posteriormente en otro domicilio del mismo barrio, al menos una vez por semana, el acusado llamaba a la menor para que fuese a su habitación y la penetraba por vía vaginal, diciéndole que no contara nada, que era un secreto entre ellos. Estos hechos ocurrieron principalmente cuando la madre de la víctima no estaba en el domicilio, y sucedieron hasta el 2012, cuando tuvo alrededor de quince años. A su vez, en el año 2009, cuando la menor tenía cerca de doce años, en la oficina del acusado..., sita en... de Ciudad, a una cuadra del..., aquél cerró la puerta del recinto con llave, se sentó en una silla e hizo que la menor se subiera encima suyo, para penetrarla vía vaginal. En otra oportunidad, en la misma oficina, el acusado la

penetró en el baño de dicha oficina, por la vía vaginal. Cuando ya tenía 14 años, mientras se desplazaban en el vehículo. .. del acusado por la zona de..., cerca de..., paró el automotor a un costado de la ruta y la obligó a practicarle sexo oral. En el año 2011 aproximadamente, cuando tenía cerca de trece años y su hermana M.E.C. alrededor de once o doce años, las llamó a las dos a su habitación, las hizo acostar en la cama matrimonial con él, pero como justo llegó al domicilio la madre de ellas, les dijo que se fueran. Cuando se dieron vuelta para irse, vieron que él estaba desnudo de la parte del torso hacia abajo.

En los autos P-30237/19 al acusado se le atribuyó que en fecha y hora no precisada, pero desde que M.E.C. tenía diez años de edad, aproximadamente en el año 2009, en los domicilios en los que habitó el grupo familiar de la víctima –..., calle... y en la calle... de Ciudad–, el acusado realizó en reiteradas ocasiones frotamientos con su miembro en las zonas genitales de la niña, hecho que sucedió por última vez en la casa de la calle..., cuando la menor ya tenía dieciséis años de edad, aproximadamente entre los años 2015 y 2016, ocasión en la que cuando llegó al domicilio, el acusado la sentó en su falda de manera brusca, frotándole todo su miembro por la zona genital.

2.- Recurso de casación

Expresa el recurrente que se queja por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP.

Alega que el fallo adolece de falta e insuficiencia en la motivación, debido al apartamiento de las reglas de la sana crítica racional en su elaboración intelectual.

Agrega que se marginó prueba legítimamente incorporada y vinculante con la decisión final, y que el a quo se apoyó en su sola voluntad, por lo que la sentencia es arbitraria.

Señala que del caudal probatorio rendido en el debate, no surgieron elementos suficientes para demostrar la intervención del acusado en los delitos atribuidos.

Resalta que M.V.C. dijo que durante cinco años, desde los diez años, sufrió abuso con acceso carnal más de tres veces por semana, lo que no se constató a través de un examen ginecológico. Indica que sus dichos no pueden servir de base de la condena, porque las hermanas dijeron que estaban de novias desde los quince años.

También cuestiona el valor convictivo que se le atribuyó a la declaración de la madre y hermanos de las víctimas, ya que expresaron, por ejemplo, que el acusado siempre los ayudó económicamente, sobre todo a la denunciante.

Aduna que los peritos esgrimen suposiciones sin rigor científico, respecto de cuál de los distintos relatos de las víctimas fue el verdadero, pericias a las que el a quo les dio valor, pero no actuó de la misma forma respecto de la que se practicó sobre el acusado, que da cuenta que no evidenciaba indicadores de patologías o conflictos en la esfera sexual ni que el acusado revista peligrosidad.

Afirma que de la prueba surge una duda razonable, por lo que deberá ser absuelto.

Refiere que la pena aplicada es desproporcionada e irrazonable, ya que el acusado tiene sesenta y siete años, habiéndose quedado violentados a lo largo del proceso, según manifiesta, el derecho de defensa y el debido proceso, entre otros de rango constitucional.

Formula reserva del caso federal

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado, ante la generalidad con que han sido denunciados los vicios, que se originan en una valoración de la prueba por parte de la defensa, diferente a la practicada por el juzgador.

Con relación a la pena, opina que se ajusta a los delitos cometidos, que son especialmente graves.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

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

Ello por cuanto la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso no ocurre.

En efecto, el a quo se basó en las pruebas rendidas, en especial en los testimonios de las víctimas y peritos, que ponderó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, exponiendo los motivos por los que les confirió credibilidad.

Así, mencionó que fueron el contenido y forma de las declaraciones, el modo en que los hechos salieron a la luz, la existencia de corroboraciones periféricas y la persistencia en la incriminación, los que cimentaron su convicción.

De tal forma, detalla que las víctimas se mostraron sinceras, coherentes y convincentes, sin que existiera ningún elemento objetivo que le permita dudar de sus dichos, relatando que en ciertos episodios del debate, estuvieron «[...] sumidas en momentos de profundo llanto y angustia».

Destaca que la madre de las víctimas, que declaró en el debate, fue objeto de violencia por parte del padre biológico de las víctimas y sus hermanos; que era depresiva e intentó suicidarse más de una vez. Tenía múltiples ocupaciones, ya que trabajaba en... y a la vez estudiaba una tecnicatura, lo que implicaba estar mucho tiempo fuera del hogar familiar.

Por el contrario, quedó demostrado que Y. M. estaba a cargo del..., llegando a formar parte de la..., ocupación que le permitía permanecer en la vivienda de la familia ensamblada que había constituido con la madre de las víctimas, en los horarios en los que ella no estaba.

También se probó que el acusado les hacía regalos a las víctimas y a sus hermanos, así como que a M.V.C. le daba más dinero y regalos que al resto, para que se quedara callada, toda vez que le había dicho que si no hacía lo que él quería, se iba a «meter» con su hermana menor, M.E.C.

En este sentido declararon tanto los familiares de las víctimas como la empleada doméstica, quien por haber trabajado durante cuatro o cinco años en los distintos domicilios que ocupó la familia, refirió episodios de violencia por parte del acusado contra la madre de las víctimas, así como también, presencié actitudes impropias de aquél en especial, con respecto a M.V.C.

Los profesionales que asistieron a esta víctima, consideraron que se erigió en protectora de su familia: de su madre depresiva, procurando con su silencio que no se quitara la vida; de su hermana menor, para

evitar que fuera sometida a los abusos que ella sufría, ante los comentarios que deslizaba el acusado en esa dirección.

En particular, la licenciada Sat, psicóloga de la Oficina de Asistencia a Víctimas de Delitos, dependiente del Ministerio de Seguridad de la provincia, quien la atendió desde 2019, a instancias de su padre biológico, dijo que su relato se mantuvo a través del tiempo; que a los quince años se puso de novia y allí se dio cuenta cabal del abuso del que era objeto, no habiéndole contado nada a su padre biológico –que era policía–, con anterioridad, puesto que temía que matara al acusado al enterarse de la situación, y fuera privado de su libertad por ello.

La otra víctima, M.E.C., dijo que sospechaba que algo pasaba con su hermana, dado que el acusado siempre la llamaba a ella a su habitación y que era a la que más dinero le daba. Estos últimos datos concordaron con los aportados a su vez, por el hermano menor, respecto de quien el juzgador resalta que dijo que quería al acusado como a un padre, por lo que desechó cualquier vestigio de animosidad.

Volviendo a M.E.C., debe señalarse que ésta declaró que a ella el acusado la sentaba en la falda, que la besaba en la boca y que su hermana en una ocasión le contó, ante su requerimiento, que la había penetrado, mencionando que en el hogar familiar siempre habían gritos y peleas, del acusado con su madre y alguno de sus hermanos.

Su psicóloga, la licenciada Amino, confirmó estos extremos en el debate.

Sobre ambas licenciadas en psicología, el sentenciante entendió que resultaba improbable que hubieran sido objeto de un engaño por parte de las víctimas de autos, atento a su formación, el tiempo que llevaban desplegando su profesión y su especialización.

Por su parte, el licenciado Izura del EDEAAS ratificó lo relativo a la credibilidad de las testigos, su falta de fabulación, la coherencia de sus relatos y falta de interés en perjudicar al acusado, así como la referencia, al igual que las dos profesionales precedentemente individualizadas, al síndrome de acomodación que las ahora jóvenes, presentaron a raíz de lo vivenciado.

En consecuencia, el agravio basado en que las conclusiones de los peritos carecen de rigor científico, no configura más que una discrepancia personal del letrado impugnante, con el criterio valorativo del sentenciante y por lo tanto, insusceptible de prosperar.

Además, el juzgador analizó la prueba de la defensa.

En particular, sobre el argumento respecto a que los estudios practicados al acusado, señalan que no evidencia indicadores de patologías o conflicto en la esfera sexual, el *a quo* consideró que carecía de decisividad para determinar si cometió los delitos que se le endilgan o no, sobre la base de lo expresado por el perito Herrera del Cuerpo Médico Forense.

Este especialista sostuvo que no existe un perfil propio o privativo de un abusador, pudiendo hablarse de personalidades perversas, lo cual tampoco es determinante, en orden a conocer si una persona pudo o no cometer un hecho de las características de los acá investigados.

El recurrente no ha refutado tales conceptos, limitándose a esgrimir la misma defensa que en el debate, lo que conlleva el rechazo de este agravio.

Por otra parte, la crítica centrada en la falta de constatación ginecológica de la penetración vaginal que sufrió durante años M.V.C., el hecho que el encartado haya solventado los gastos de la familia, entregándoles regalos y dinero, así como la circunstancia que las víctimas, a partir de los quince años, hubieran tenido noviazgos, carecen de relevancia ante la contundencia de las pruebas reunidas, y no constituyen elementos que generen la duda que permita la absolución del acusado.

Efectivamente, de la revisión practicada emerge que la motivación de la sentencia se ajusta a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP requerida por el impugnante, según se ha dicho expedido este Cuerpo con anterioridad (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062), y en virtud de los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso “González Nieva, Jorge Enrique” (Fallos 343:1181).

Resta decir que los hechos contenidos en la acusación han sido comprobados, y que la penalidad ha sido adecuadamente fundada, habiendo sido evaluado como atenuante, la falta de antecedentes penales del acusado y como agravante, el hecho que el daño será difícil de revertir, ya que necesitarán las víctimas, según destaca el *a quo*, años de terapia.

Así, expone en el acto sentencial que *«[...] el imputado privó a ambas, del disfrute de los mejores años de su vida, de su niñez y de su adolescencia, del placer de las relaciones sexuales, de la vinculación con pares, del desarrollo de su personalidad en libertad, de la construcción de su psiquismo de una manera sana, en definitiva, de todo aquello que la mayoría de los estados han decidido proteger como política pública, vale decir, los derechos de la infancia [...]»*.

Resalta que el acusado al momento de los primeros hechos denunciados, tenía 53 años, de lo que deriva que era una persona madura, describiendo que *«[...] Era además una persona carismática, con poder, que estuvo a cargo de un sindicato por mucho tiempo, que llegó a formar parte de la... A nivel económico tuvo un muy buen pasar, en consecuencia [...] tuvo la posibilidad de asumir un comportamiento conforme a derecho [...] reiterando una conducta disvaliosa en infinidad de ocasiones»*.

Resta decir que la penalidad impuesta, se encuentra por debajo del término medio de la escala correspondiente, cuyo mínimo parte de los ocho años y el máximo llega a los cincuenta años, no verificándose una errónea aplicación de la ley sustantiva ni vulneración de derecho alguno.

Finalmente, es menester destacar que en este caso, *«[...] el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales»*, según afirmé en “Brancello Urbón”.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; «Castro Luis», entre otros). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», ocasión en la que sostuve que *«[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos*

contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -**Belem Do Pará**-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones

ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

*En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una *forma de actuación* que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.*

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que

le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO**, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) -conf. «Zurita»-.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»). En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: *«Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.* En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la *situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer* en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en «Zurita».

Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *«medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual»* (párr. 155). A continuación en el mismo párrafo, subraya *«la obligación estatal reforzada de debida diligencia»* y, de la *«aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la*

opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas *«más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar»* (párr. 156).

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, reitero, entiendo que son plenamente aplicables al caso.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 27 de septiembre de 2021.-

34- GODOY FLORES. 29-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	EG	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=610>

Lex: Art. 119, 1°, 4° y 5° del CP. Art. 353 inc. 4° del CPP. Art. 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 del CP. Ley 26705. Ley 27206. Art. 31 de la Constitución Nacional y arts. 48, 148 y 149 de la Constitución Provincial.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Abuso sexual simple agravado por la guarda. Prescripción de la acción. Sobreseimiento.

Summa:

El **TPC** sobreseyó al nombrado como autor penalmente responsable del delito abuso sexual simple agravado por ser encargado de la guarda (arts. 119 quinto párrafo en función con el inc. 1º del cuarto párrafo del CP) por prescripción de la acción penal (art. 353 inc. 4º del CPP en función con los arts. 59 inc. 3º y 62 inc. 2º del CP).

El **Ministerio Público Fiscal** interpuso recurso de casación. Considera que el delito investigado se encuentra vigente con fundamento en la reforma operada por la **ley 26.705** que modificó el párrafo cuarto del **art. 67 del CP** respecto de las causales de suspensión del curso de la prescripción, modificada nuevamente luego respecto de los delitos sexuales y de trata de personas

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación articulado por la Jefatura de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y en consecuencia confirmó la Sentencia de sobreseimiento dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1334 (21-08-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Delfino. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcLDL.pdf

Las agresiones sexuales configuran para la víctima una innegable violación a sus derechos de indiscutible contenido gravoso, sin embargo las mismas no pueden ser consideradas como graves violaciones a los derechos humanos. Por lo que, no toda conducta criminal que vulnere un derecho humano, supone una grave violación, y, por lo tanto, pasible de ser imprescriptible.

- Fernández, Pedro y F, Hilda.
- Camargo
- Arancibia Clavel

Doctrina citada.

FERRAJOLI LUIGI, «Constitucionalismo y jurisdicción», en GUZMÁN, NICOLÁS (coordinador), LUIGI **FERRAJOLI**, Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, Buenos Aires, págs. 438/439).

QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI-CENICACELAYA, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Tomo I, págs. 392/393.

BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs.As., 2002, t. II-A, págs. 88//99;

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165;

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, págs. 79/80;

YACOBUCCI, Guillermo, El sentido de los principios penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 399/400).

ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., La prescripción penal, 2da. edición actualizada, corregida y ampliada, Abeledo Perrot, 2016, pág. 234.

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-05404080-0/1((018601-127558)) F C/ G F L E P/ ABUSO SEXUAL SIMPLEAGRAVADO POR SER ENCARGADO DE LA GUARDA (127558) (127558/06) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105579251*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-054404080-0/1 caratulada "F C/G F, L E P/ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SER ENCARGADO DE LA GUARDA S/CASACIÓN".

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

A fs. 1 obra constancia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual contra la Sentencia N° 1334 de fecha 21 de agosto de 2020 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 por el que se sobresee a L E G F como autor penalmente responsable del delito abuso sexual simple agravado por ser encargado de la guarda (arts. 119 quinto párrafo en función con el inc. 1º del cuarto párrafo del CP) por prescripción de la acción penal (art. 353 inc. 4º del CPP en función con los arts. 59 inc. 3º y 62 inc. 2º del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada –en lo pertinente– resolvió sobreseer al acusado L E G F por el hecho que fuera calificado como abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda. Esto por cuanto se consideró que había operado la prescripción de la acción penal en la presente causa (art. 353 inc. 4º del C.P.P en función con los Arts. 59 inc. 3º y 62 inc. 2º delC.P.).

Para así decidir la jueza de la anterior instancia entendió que el acusado desde la citación a juicio acontecida el **12 de septiembre de 2007, último acto interruptivo de la acción penal** (fs. 97 de los autos originarios), no registraba antecedentes penales computables capaces de interrumpir los plazos legales.

Por lo que, en mérito al delito atribuido, que tenía un máximo de pena diez años, y las previsiones del art. 62 inc. 2 del CP, correspondía proceder del modo mencionado.

Afirmó por su parte que no cabía aplicar las modificaciones operadas al art. 67 Código Penal por la ley 27.206 porque entró en vigencia con posterioridad al momento del hecho. Refirió, en este sentido, las previsiones del art. 2 del CPP en cuanto a la ley penal más benigna y a la irretroactividad de la aplicación de la ley como regla general, que surgía del anterior art. 3 del Código Civil, prácticamente idéntica al actual art. 7 del Código Civil y Comercial.

Citó doctrina y jurisprudencia de esta Corte en **“Lemos Delfino”, “Fernández Pedro y F Hilda” y “Camargo”**.

2.- El recurso de casación

El Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, al entender que la acción respecto del delito investigado se encuentra vigente con fundamento en la reforma operada por la ley 26.705 que modificó el párrafo cuarto del art. 67 del CP respecto de las causales de suspensión del curso de la prescripción, modificada nuevamente luego respecto de los delitos sexuales y de trata de personas.

En este caso, sostiene, se infiere que el plazo de prescripción se suspende hasta que la víctima efectúe la denuncia, si fuese mayor, o ratifique la interpuesta por sus representantes durante su minoría de edad. Respecto del caso señala que la madre de la menor interpuso denuncia por su hija de once años de edad contra el acusador el 25 de noviembre de 2006; dicha menor adquirió la mayoría de edad el 16 de agosto de 2013, por lo que el curso de la prescripción comenzó a correr desde aquel día, pero añade que el curso de la prescripción se hallaba corriendo al momento de entrada en vigencia tanto de la ley 26.705 como de la ley 27.206.

Agrega, además, que nunca hubo ratificación de la denuncia por parte de la víctima. En mérito a estos dos nuevos supuestos de suspensión y a la penalidad del delito enrostrado afirma que no han transcurrido los plazos previstos por el art. 62 inc. 2 del CP.

Esto porque la prescripción se hallaba oficialmente suspendida o, en su caso, porque ella comenzó a operar desde el 16 de agosto de 2013. Añade que estas leyes no hacen sino interpretar las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

Cita en apoyo de su postura un fallo de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de La Plata del 16 de agosto de 2019, causa “Brítez” y la postura sentada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en fecha 22 de marzo de 2016 en “A.J.”.

Del mismo modo, destaca las razones de política criminal del legislador nacional al modificar el Código Penal cuya base es normativa supranacional específica –la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belem Do Pará– vigentes al momento de los hechos.

Ello en tanto la víctima es una mujer menor de edad. Finalmente referencia que no desconoce el precedente “Lemos Delfino” de este Tribunal, pero que a la postura que sostiene se han sumado otros tribunales además de indicar que el fallo referenciado no se encuentra firme por encontrarse pendiente la resolución de un recurso extraordinario federal. En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, se revoque por contrario imperio la resolución impugnada y se ordene la devolución a origen a fin de que se realice debate oral.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 11 mantiene el recurso de casación articulado por la Jefatura de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones, que ya he vertido en votos anteriores, considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público. En consecuencia, considero que debe confirmarse la sentencia recurrida. Veamos.

Valga aclarar, aún cuando así no lo haya calificado el recurrente, que el núcleo del reclamo y, por ende, del análisis, debe circunscribirse a la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva, a fin de determinarse si el razonamiento de la jueza de la instancia anterior ha sido o no el correcto.

Es claro que la solución del caso estribará en determinar si lo que se encuentra en juego es la vigencia de la acción penal en función de las modificaciones operadas por las **leyes 26.705 y 27.206**.

Ello en relación – particularmente– con el **ámbito de protección internacional de la infancia y de las mujeres**.

Una ilustra la posición de la jueza a quo, la otra la sostenida por el Ministerio Público Fiscal en su libelo recursivo.

Cabe sentar algunas premisas en mérito a lo que ya he resuelto, previo a adentrarme en el análisis del caso concreto.

He sostenido **que la aplicación de las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción incluidas por las leyes 26.705 y 27.206 respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia resulta violatoria del principio de legalidad e importan una evidente violación a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio**.

También que la sujeción de los jueces a la ley, en un Estado de Derecho, hacen a su jurisdicción e independencia (véase «**Lemos Delfino**»; «**Fernández, Pedro y F, Hilda**»).

En este sentido destacué que, «[e]s a través esta sujeción a la ley que la jurisdicción se conecta, en una democracia, con la voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias [...]», motivo por el que «[e]l modo para limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador sepa hacer su trabajo, es decir, que produzca normas con un significado lo más claro y unívoco posible.

El principio de estricta legalidad, que es una metanorma que impone al legislador el uso de un lenguaje lo más riguroso posible, se revela, así como la condición principal de la primacía de la ley, y, a la vez, de la independencia de la jurisdicción respecto de cualquier otro poder» (ver al respecto, **FERRAJOLI LUIGI**, «Constitucionalismo y jurisdicción», en GUZMÁN, NICOLÁS (coordinador), LUIGI FERRAJOLI, Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, Buenos Aires, págs. 438/439).

También señalé en aquellas oportunidades la importancia de dicho principio de la letra **del art. 48 de la Constitución de Mendoza**. Esto por cuanto refiere que –«[t]oda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces»–.

Por su parte, cuando la solución a un problema concreto no surja de aquella el juez deberá encontrarla en los principios jurídicos de la legislación vigente o, en su caso, en los principios generales del derecho (**art. 31 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución Provincial**).

Del mismo modo sostuve que los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución no han derogado artículo alguno de la primera parte de ésta y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inciso 22 de la CN).

Así lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señala que «[l]os constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud el cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna [de la primera parte de la Constitución], por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir» (ver Fallos: 319:3241).

Sentada la importancia del **principio de legalidad, debe analizarse la irretroactividad de la ley penal** como derivación de él.

Y en este sentido es donde comienza a trabarse el conflicto debiendo recordarse que tanto la **Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención de Belem do Pará**, gozan de igual jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus arts. 9 y 15.1 consagran expresamente dicho principio de irretroactividad de la ley penal.

A lo que debe sumarse, tal como también lo hacen todos los códigos procesales penales, que el art. 29 de la CADH prohíbe interpretar sus normas de modo que puedan implicar supresión del ejercicio de los derechos reconocidos en ella o limitar el goce y ejercicio de otro que pueda estar reconocido en otra ley del Estado.

La cuestión gira en torno entonces sobre la aplicación de las normas convencionales que postula de aplicación el acusador público –las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir las normas de derecho internacional de los derechos humanos– así como las razones de política criminal del legislador nacional al modificar el Código Penal cuya base es normativa supranacional específica –la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belem Do Pará– vigentes al momento de los hechos, que lo llevan a petitionar la aplicación retroactiva del nuevo régimen de suspensión de la prescripción.

Pero se ha de tener en cuenta que también en todas estas normas convencionales, como ya se ha reseñado, se regulan específicamente los principios de legalidad y la prohibición de aplicar la ley penal retroactivamente en perjuicio del acusado.

He afirmado también en el **precedente «Lemos Delfino»** que el régimen de la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de –«ley penal»– y por ello le conciernen todas las consecuencias que derivan de la vigencia de aquellos principios –legalidad e irretroactividad–.

Sobre ello nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que –«las leyes ex post facto que implican empeorar las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal (art. 18 Constitución Nacional) en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción" (C.S.J.N., Fallos 294:68); y que "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el

complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva»– (C.S.J.N. Fallos: 287:76; en igual dirección puede verse el voto del juez Petracchi en Fallos: 318:2148).

También se ha destacado que «[d]erivada de la legalidad penal, esta garantía se encuentra en el artículo 18 CN al decir que nadie puede ser penado “sin ley anterior al hecho del proceso”.

Se consagra así el famoso aforismo del *nullum crime nulla poena sine lege proevia* de claro cuño iluminista del siglo XVIII, que tanta gravitación tuvo en el nacimiento del constitucionalismo para fijar un valladar al poder coactivo de Estado.

Esta prohibición de leyes penales *ex post facto* supone dos pares de requisitos: uno adjetivo (ley formal y previa), otro sustantivo (precisar la figura delictiva y la pena correspondiente), no siendo válidas las leyes que estableciendo lo prohibido omiten establecer la pena (delegando su fijación al arbitrio judicial), ni las leyes que disponiendo la pena no incriminaron el delito (Nuñez).

Los instrumentos internacionales también se refieren a esta garantía.

Con más precisión que el artículo 18 CN, el artículo 11.2 DUDH y el artículo 15.1, parte 1° PIDCP dicen que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”» (ver **QUIROGA LAVIÉ**- BENEDETTI-CENICACELAYA, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Tomo I, págs. 392/393).

Del mismo modo la más calificada doctrina asiste a la tesis que postulo, que el instituto de la prescripción en materia penal pertenece al derecho penal así como que la ley penal que la regula debe ser previa al hecho que se juzga, remitiéndome a las citas ya efectuadas en el **precedente «Lemos Delfino»** (ver al respecto **BIDART CAMPOS**, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs.As., 2002, t. II-A, págs. 88//99; **ROXIN**, Claus, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165; **MAIER**, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, págs. 79/80; YACOBUCCI, Guillermo, El sentido de los principios penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 399/400).

En este **aspecto aún cuando el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva (art. 25 del C.A.D.H.), ésta encuentra su límite en las garantías judiciales**, y son las mismas convenciones de derechos humanos las que limitan el poder estatal en tutela de los derechos fundamentales de los individuos. A continuación, debe analizarse cómo todas estas consideraciones se aplican a caso de autos.

La denuncia de los hechos data del 25 de noviembre de 2006 y fue realizada por la madre de la menor, que a esa fecha contaba con once años: por su parte el requerimiento de citación juicio es del 12 de septiembre de 2007. A su vez la modificación al régimen de las causales de suspensión de la prescripción en los delitos sexuales se realizó mediante las leyes 26.705 con vigencia desde el 5 de octubre de 2011 y su modificación con la ley 27.206 que entró en vigencia el 10 de noviembre del año 2015.

Asimismo la víctima adquirió la mayoría de edad el 16 de agosto de 2013. El recurrente sostiene que la acción no está prescripta por cuanto al momento de adquirir la víctima la mayoría de edad, la misma, a tenor a la pena máxima del delito investigado –diez años– se hallaba vigente de conformidad al nuevo régimen legal por cuanto comenzó a correr desde esa fecha, es decir a partir de los dieciocho años o, en su caso, desde la ratificación de la denuncia –lo que a la fecha no ha acontecido–.

Del mismo modo destaca que dicha **vigencia de la acción se mantiene durante la publicación de ambas leyes.**

Paralelamente sostiene que los motivos de política criminal que informaron la mentada modificación tuvieron origen en los tratados internacionales –Convención de los Derechos del Niño y Convención de Belém Do Pará– ya vigentes a la fecha de los hechos.

Entiendo, conforme el desarrollo que he venido haciendo que no puede sostenerse que **el curso de la acción del delito investigado se hallaba vigente por cuanto el régimen de prescripción es «ley penal» y, en consecuencia, en virtud al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal,** la ley aplicable al caso en análisis es aquella vigente al momento del hecho.

Entonces, tal como resolviera la jueza a quo, al hecho que habría ocurrido el 25 de noviembre de 2006 le corresponde la aplicación del texto del art. 67 del CP anterior a las leyes precitadas. Considero importante señalar que existen posturas en doctrina que destacan que «[e]l máximo Tribunal de la República ha recordado [en el **precedente “Arancibia Clavel”**] que el instituto de la prescripción está ligado al principio de legalidad, no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad en perjuicio del imputado» (**ROMERO VILLANUEVA**, Horacio J., La prescripción penal, 2da. edición actualizada, corregida y ampliada, Abeledo Perrot, 2016, pág. 234).

El mismo autor luego agrega que, «[l]a observancia de este principio implica la obligación para el juez penal de aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de comisión del hecho, pues de conformidad con el principio de reserva de la ley penal, la significación penal de una conducta no cabe plantearla sino mediante la determinación del comienzo de vigencia de la ley penal que la instituye como prohibida [...] el momento de comisión del delito constituye el presupuesto del problema de la irretroactividad de las leyes penales, sólo una vez concretado aquél, puede apreciarse el verdadero alcance de aplicación de la norma penal en el tiempo» (Ob. cit., pág. 234).

Asimismo, tampoco puede ser de recibo la vigencia anterior de los tratados internacionales referenciados en orden a la reforma de la Constitución Nacional operada en 1994, no obstante la salvedad efectuada respecto de los principios de legalidad e irretroactividad. Si siguiéramos este razonamiento la reforma al Código Penal impetrada a través de estas dos leyes podría juzgarse innecesaria cuando en realidad no hizo sino ajustar la legislación interna a dicho bloque normativo constitucional.

Las reformas introducidas y plasmadas en las leyes 26.705 y 27.306 al Código Penal que redefinieron los plazos de prescripción de la acción penal en aquellos casos de delitos sexuales cuyas víctimas resulten menores de edad, dejan en evidencia que era necesaria una modificación al respecto, pero ello **no resulta suficiente para su aplicación retroactiva**, en tanto no se respetaría acabadamente el derecho de defensa en juicio y del debido proceso al aplicarse una norma que coloca a las personas acusadas en peor situación.

Ambas leyes resultan más gravosas que la ley vigente al momento de ocurrencia de los hechos denunciados, en tanto la norma anterior no contemplaba causal de suspensión y/o interrupción alguna para casos como el examinado.

De acuerdo a lo señalado, coincido en consecuencia con la jueza de la instancia previa que al aparecer como, último acto interruptivo de la acción penal la citación a juicio de fecha 12 de septiembre de 2007, y ante la inexistencia de otras causales interruptivas de la prescripción, efectivamente la acción por el

hecho de autos se halla extinguida. Por ello, considero que no se verifican los agravios denunciados por el recurrente, en tanto ha habido correcta aplicación e interpretación de la ley penal al caso de autos.

Por lo expuesto corresponde rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada.
ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y en consecuencia confirmar la Sentencia N° 1.334 de sobreseimiento dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1, cuyas copias se hallan digitalizadas, respecto de L E G F.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro.

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de septiembre de 2021.-

35- CARRERA URIBE. 20-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														495
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=689>

Lex: Art. 119, 1° y 3° párrafo del CP. Art. 359 del CPP. Art. 495 incs. 4° y 6° del CPP. Arts. 8.2.a y 8.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CN. Constitución de Mendoza

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. JAI cuestionado. Consentimiento. Recurso de revisión. Lenguaje claro.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal.

El sindicado presentó un recurso de **revisión in pauperis**, que fue canalizado jurídicamente por la defensa oficial. La impugnación se funda en el art. 495 incs. 4 y 6 del CPP y solicita la anulación de la sentencia condenatoria, el reenvío para realizar un nuevo debate donde se valoren las pruebas que menciona y, consecuentemente, se absuelva a su representado por el beneficio de la duda. Afirma que el acusado se vio obligado a aceptar el procedimiento de juicio abreviado inicial «engañado» por su abogado defensor, por lo que su voluntad se encuentra viciada al momento de realizar la audiencia establecida a tal fin.

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Resaltó que el **recurso de revisión** constituye un ataque a la **estabilidad de la cosa juzgada**, de manera tal que debe ser considerado un recurso de interpretación restrictiva. Destacó la importancia de la utilización de lenguaje claro en las resoluciones.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 59, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Barloa Echegaray

I- Estabilidad de cosa juzgada. Recurso de revisión.

- García, Marcelo
- Cecchi Alonso
- Centorbi, Luis.
- Agüero, Alexis
- Nievas, Ricardo
- Barros Soto

II-JAI

- Ibáñez Guillermo
- Egea, Mariano Raúl
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-05505626-3/1((028601-550257)) FC/ CARRERA URIBE MIGUEL ANGEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA (550257) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *105685124*

En Mendoza, a los veinte días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05505626-3/1 caratulada “F. c/ CARRERA URIBE, MIGUEL ÁNGEL P/ ABUSO SEXUAL S/ REVISIÓN”.

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

La defensa de Miguel Ángel Carrera Uribe formula recurso de revisión contra la sentencia N° 59 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial por cuanto lo condenó a la pena de 9 años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP) en estos autos P-550.257/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia N° 59 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial admitió la solicitud de las partes para que la causa tramitara mediante procedimiento abreviado y condenó a Miguel Ángel Cabrera Uribe a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal (arts. 119 primer y tercer párrafo, 45 y 29 inc. 3 del CP, y 557 y ccs. del CPP).

El hecho por el que se condenó al recurrente, según surge de la sentencia condenatoria, es el siguiente: «[...] que el día 26 de agosto del 2.017 aproximadamente entre las 14.00 y las 19.00 horas el señalado MIGUEL ÁNGEL CARRERA URIBE, alias EL CHILENO aduciendo que lo llevaría a una fiesta al ..., llevó a la víctima [M.F.R.] en un vehículo marca ... dominio ignorado hasta el final de la denominada ... y en inmediaciones de un pequeño santuario de una virgen le quitó la ropa y luego de decirle “vení que te hago el amor” le introdujo contra su voluntad el pene en la boca y luego lo accedió carnalmente con el miembro por el ano, ocasionándole una fisura de mucosa anal de tres milímetros de longitud en hora doce» –v. fs. 468 y vta.–.

Para tener por acreditado el hecho, valoró principalmente el reconocimiento del hecho por parte del acusado, el acta de denuncia de fs. 1, el croquis ilustrativo de fs. 3, el examen mental de la víctima, el examen a la víctima realizado por el Cuerpo Médico Forense, los testimonios de M.F.R., C C, G A M, N R S, D A A E, J O F, F D G, R M V O, C J V y R E R; y el análisis de ADN.

2.- Recurso de revisión

Carrera Uribe presentó un recurso de revisión in pauperis, que fue canalizado jurídicamente por la defensa oficial. La impugnación se funda en el art. 495 incs. 4 y 6 del CPP y solicita la anulación de la sentencia condenatoria, el reenvío para realizar un nuevo debate donde se valoren las pruebas que menciona y, consecuentemente, se absuelva a su representado por el beneficio de la duda. Afirma que el acusado se vio obligado a aceptar el procedimiento de juicio abreviado inicial «engañado» por su abogado defensor, por lo que su voluntad se encuentra viciada al momento de realizar la audiencia establecida a tal fin.

Concretamente, el peticionante en su pretensión in pauperis –y, posteriormente, en el recurso presentado por la defensa– afirmó que «el abogado me estafó, yo todos los días me comunicaba con él para darle pista porque yo si había leído el expediente, él [sic] diciendo que sería mejor aceptar un juicio abreviado. Yo nunca quise» (recurso, fs. 504 vta.).

Esto daría fundamento a la causal de revisión establecida en el inc. 6 del art. 495 del CPP, pues su consentimiento se habría visto viciado por engaño.

Asimismo, expresa que la causal prevista en el inc. 4 de esa norma sería procedente porque las pruebas agregadas en autos habrían sido manipuladas por el personal policial actuante, que las habría «plantado» con ayuda de la víctima y en venganza de un delito ocurrido en 1986. A fs. 506/512 la defensa transcribe pasajes **del recurso in pauperis** que presentó previamente el recurrente, donde brinda su versión del hecho y aporta su propia valoración de las pruebas obrantes en la causa, según la cual debería ser absuelto por el beneficio de la duda puesto que no es posible acreditar que estuvo involucrado en el hecho.

Además, sostiene que se omitió valorar prueba dirimente, a saber: el informe de ADN de fs. 144, el testimonio de L R a fs. 19/20, el testimonio de C J V R de fs. 131/132, el informe de fs. 171, la declaración del acusado a fs. 225/226, el testimonio de la víctima de fs. 01 y 136/137, la prueba de ADN de fs. 389/391 y la declaración de G V que demuestra la nulidad del reconocimiento vehicular realizado.

La defensa ofrece como prueba el presente expediente P-550.257/17 y los autos 13- 04863839-7, donde tramitó el recurso in pauperis planteado por Carrera Uribe; un incidente donde solicitó la prisión domiciliaria; un incidente donde realizó una presentación in pauperis ante el Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial; los autos 13-05340352-7 donde se ventiló un habeas corpus planteado por el recurrente; y, el soporte audiovisual de las audiencias del juicio abreviado. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiera, el señor Procurador General considera que el mismo sólo procede formalmente en relación al agravio previsto por el art. 494 inc. 6 del CPP, mas no por el agravio asentado en inc. 4 de esa norma.

Explica que la revisión prevista por el inc. 4 del art. 495 CPP está vedada para el caso en que la condena sea producto de un juicio abreviado inicial o final, como en este supuesto, pues la única causal de revisión de tales juicios es la prevista en el **inc. 6 de esa norma**.

Cita el **precedente «Barloa Echegaray»** de este Tribunal, según el cual **no es posible recurrir en casación la sentencia fruto del procedimiento abreviado** cuando la defensa consiente el juicio y la condena es la acordada entre la Fiscalía, la defensa y el acusado, y traslada sus conclusiones al recurso de casación.

Por tal motivo, aconseja el rechazo formal de ese agravio. No obstante, para el caso en que sea admitido, afirma que no existen hechos ni pruebas nuevas invocadas en el escrito de revisión, que está planteado como un recurso de casación en tanto **pretende la discusión de elementos de prueba que ya fueron valorados**.

Por tal motivo, el agravio tampoco sería procedente desde el punto de vista sustancial.

En cuanto al **pretendido vicio del consentimiento denunciado**, el señor Procurador General afirma que el juicio abreviado realizado en el caso es válido, puesto que el imputado admitió la imputación y fue informado, junto con su defensor, de todos los derechos y consecuencias que entrañaba dicha admisión.

En tales condiciones, libremente consintió que fue él quien abusó sexualmente de la víctima. De manera tal que, a su criterio, también este agravio –y con él, la totalidad del recurso– debe ser rechazado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, se adelanta que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de revisión formulado por la defensa.

En cuanto a la procedencia formal del recurso promovido, debe tenerse presente que la revisión se encuentra prevista en nuestro ordenamiento procesal para impugnar sentencias firmes. Por eso, es criterio de este Tribunal que el recurso de revisión constituye una vía recursiva de excepción, reservada a los supuestos especiales que taxativamente son enumerados en la normativa procesal y sólo procedente cuando se constaten de forma directa los motivos que lo justifican.

Esto es así puesto que el **recurso de revisión** constituye un ataque a la **estabilidad de la cosa juzgada**, de manera tal que debe ser considerado un recurso de interpretación restrictiva (conf. «García, Marcelo», «Cecchi Alonso», «Centorbi, Luis», «Agüero, Alexis», «Nievas, Ricardo», «Barros Soto», entre otros).

El examen de la revisión, en definitiva, supone que tanto **la sentencia atacada como los hechos fijados en ella gozan de una presunción de legitimidad** que sólo puede ceder sólo si se constatan los supuestos previstos por el art. 495 del CPP.

De la reseña efectuada surge que la defensa solicita la revisión de la sentencia condenatoria con fundamento en dos motivos: **la falta de consentimiento de Carrera Uribe, quien habría sido engañado por su anterior defensa; y, el erróneo mérito de las pruebas obrantes en autos**.

Tales agravios se asientan, respectivamente, en las causales de revisión previstas por los incs. 6 y 4, respectivamente, del art. 495 del CPP.

Ahora bien, tal como afirma el señor Procurador General, **desde el punto de vista formal sólo resulta procedente el primero de los agravios**.

Art. 495 inc. 4 CPP. Improcedente en JAI.

Ello por cuanto la causal **del inc. 4 del art. 495 del CPP** está prevista para aquellos casos en los cuales «[...] después de la **condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba**, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable».

Ninguno de esos supuestos ocurre en el presente caso, donde la defensa se ha limitado a cuestionar la valoración probatoria realizada por el tribunal de juicio que lo condenó y la prueba nueva que ha ofrecido consiste en actuaciones judiciales posteriores a la sentencia, instadas por el condenado mismo y relativas a su situación procesal, mas sin incidencia alguna sobre la determinación de los hechos.

Puesto en términos claros, ni los agravios que formula el recurrente, ni las pruebas que ofrece, constituyen circunstancias que habiliten la procedencia de la revisión a tenor del art. 495 inc. 4 del CPP, en tanto no se tratan de hechos o pruebas sobrevinientes a la condena que hagan evidente que el hecho no ocurrió, no fue cometido por el condenado, o haya sido erróneamente calificado.

Art. 495 inc. 6 CPP.

En relación con el agravio fundado en el **art. 495 inc. 6 del CPP**, si bien resulta formalmente procedente, debe ser rechazado en el plano sustancial.

En efecto, dicha norma alude al caso en que «[...] el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado», por lo que –tal como señala el señor Procurador General– la alegación de falta de consentimiento exigido para el juicio abreviado constituye un supuesto que habilita la interposición del recurso de revisión.

Sin embargo, el argumento defensivo carece de sustento objetivo suficiente para que sea acogido en esta instancia. El recurrente se limita a aseverar que el defensor que lo representaba al momento del juicio abreviado lo engañó, prácticamente «lo obligó de forma psicológica, mientiéndole» (v. fs. 513 vta.), y que él nunca estuvo de acuerdo en declarar en contra de sí mismo.

Estas afirmaciones no resultan fundamento bastante para cuestionar la validez procedimental del juicio abreviado que tuvo lugar en autos y determinó la condena de Carrera Uribe, en tanto de la compulsa de las actuaciones que tengo a la vista surge claramente que al presentante se le explicaron acabadamente las exigencias e implicaciones de juicio abreviado –en presencia de su defensa técnica– y que éste aceptó los hechos tal como se le imputaron, así como la pena impuesta (v. fs. 458).

En efecto, en la audiencia del día 11/06/2018 el juez interviniente consultó al entonces acusado Carrera Uribe si conocía los alcances del juicio abreviado y éste afirmó que nunca había realizado uno, pero que su abogado «más o menos» le había explicado.

El juez le explicó entonces las diferencias procedimentales entre el juicio abreviado y el juicio común, y detalló específicamente las características implicadas en el juicio abreviado: la omisión de producción de prueba, el reconocimiento del hecho por parte del acusado y la pena como resultado de un acuerdo de partes.

Seguidamente, le explicó especialmente que la procedencia del instituto en el caso dependía de que él aceptase los hechos atribuidos –que leyó, conforme a la acusación– y la pena de nueve años de prisión efectiva –v. constancias audiovisuales, min. 05:00 a 09:00–. Luego, Carrera Uribe aceptó expresamente los hechos acusados y manifestó su acuerdo con la pena –v. min. 09:00 a 09:20–.

De manera tal que la mera contradicción del acusado con las constancias obrantes en la causa no resulta susceptible para sostener la alegada falta de consentimiento, por lo que corresponde rechazar sustancialmente el recurso planteado.

Sin perjuicio de la solución propiciada, encuentro pertinente realizar algunas consideraciones en relación al modo en que debe ponerse en conocimiento al acusado de los alcances del acuerdo. Como es sabido, el debido proceso comprende una serie de condiciones formales y sustantivas que deben respetarse para que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos.

Tales condiciones se concretan en las garantías procesales que son reconocidas por la Constitución Nacional, la Constitución de Mendoza y por una serie de tratados internacionales, entre los que destacan la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido, la Constitución de Mendoza es clara al señalar que «todo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de veinticuatro horas [...]» (art. 19) y que «toda persona detenida podrá pedir por sí, u otra en su nombre, que se le haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado por juez igualmente competente, la causa de su detención [...]» (art. 21).

Por su parte, y en este mismo orden, **el art. 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** afirma que a las personas que están siendo detenidas se les debe garantizar sin demora (a) información sobre las razones de la detención y (b) notificación de los cargos que se les atribuyen. A ello debe agregarse que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9. 2 dispone que «toda persona será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora de la acusación formulada contra ella».

Como se advierte, en dichas normas se ampara el derecho de defensa y la garantía de la libertad personal, pues se permite a la persona acusada tener conocimiento oportuno de los motivos de la detención y, frente a medidas que considere arbitrarias o ilegales, es posible activar diversos mecanismos de defensa. Ahora bien, para que tales garantías no resulten ilusorias es indispensable que la información y notificación se realice en forma tal que la persona a quien se dirige comprenda cabalmente su contenido.

Lenguaje claro

Si bien la Constitución Nacional, la Constitución de Mendoza, ni los instrumentos internacionales antes mencionados no menciona específicamente **al «lenguaje claro» como un requisito de legalidad** para las comunicaciones de los órganos estatales, las previsiones señaladas dejan entrever que la claridad y asertividad de las comunicaciones estatales es fundamental para garantizar el debido proceso legal. Este criterio también puede verse específicamente en los **arts. 8.2.a y 8.2.b de la Convención Americana** sobre Derechos Humanos, que consagran respectivamente el derecho del inculpado a ser asistido por un intérprete si no comprende o no habla el idioma del tribunal y a que se le comunique de manera previa y detallada la acusación formulada. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza la asistencia gratuita de un intérprete, cuando la persona acusada «[...] no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal [...]» (art. 14.3.f).

La necesidad de que la justicia se exprese con lenguaje claro es un requisito fundamental de las decisiones republicanas y democráticas, pues materializa el acceso de las personas involucradas en el proceso concreto a las decisiones públicas que se toman en relación a ellas.

Esta exigencia de claridad es transversal a todas las prácticas públicas, y por ello en el ámbito jurisdiccional alcanza a todas las materias.

Sin embargo, entiendo que más concretamente en materia penal esta exigencia de claridad se patentiza aun más y resulta exacerbada, dado que el sistema penal tiene –al menos– tres características particulares:

- i) el proceso penal implica el llamado público a una persona por un hecho delictivo que se le atribuye;
- ii) ese llamamiento público responde a intereses generales de la comunidad, como no dejar impunes ciertas conductas consideradas especialmente graves, y no imponer penas a quienes no son responsables; y,
- iii) la consecuencia de un procedimiento penal es, o bien la imposición de restricciones graves a la libertad, o bien la declaración de desvinculación de una persona de la responsabilidad penal mediante el sobreseimiento o la absolución.

Más concretamente aún, en los supuestos del procedimiento de juicio abreviado (art. 359, 418, 419 y 420 CPP), la claridad en el lenguaje constituye una materialización decisiva del derecho a entender que es ya inherente al debido proceso legal.

Si bien toda persona tiene el derecho de conocer y comprender las decisiones de los jueces y sus fundamentos, el procedimiento abreviado supone una particular forma de realización del juicio, con especificidades en relación con la investigación, la posición del acusado frente a los hechos, la pena a imponerse y la posibilidad de impugnar la condena, entre otros puntos.

Que el acusado comprenda en detalle las consecuencias del acuerdo alcanzado requiere que los términos jurídicos del **mismo le sean explicados en lenguaje claro y llano**.

En el juicio abreviado este derecho a «comprender» los alcances del acuerdo resulta imperativo en tanto la persona acusada es la destinataria que consiente el procedimiento y luego debe cumplir las consecuencias del acuerdo solicitado y homologado por el órgano jurisdiccional. Resulta imperioso que a la persona acusada se le explique con lenguaje comprensible y claro las circunstancias y las derivaciones de lo acordado, en tanto la esencia del juicio abreviado reside en la solución del conflicto penal como una **construcción horizontal** entre los diversos sujetos involucrados (**conf. «Ibáñez Guillermo»**).

Garantizar que la persona acusada conozca en detalle las implicaciones del procedimiento abreviado constituye –como ha señalado esta Sala en «Egea, Mariano Raúl» una responsabilidad que atañe tanto al defensor, como al fiscal interviniente y al juez, que deben consultar a la persona acusada si comprendió el alcance del acuerdo y del procedimiento para asegurar que su consentimiento sea resultado de una adecuada comprensión de los factores relevantes.

A mi juicio, esta responsabilidad de todas las partes admite diferentes intensidades.

En efecto, la **defensa técnica es la responsable de informar a la persona** acusada acerca de sus derechos, sus opciones procesales, las implicaciones jurídicas y prácticas de sus actos y elecciones procesales, las posibilidades recursivas y de todas aquellas cuestiones que en cada caso concreto resulten relevantes para la garantía de sus derechos.

Por su parte, que la persona acusada conozca los alcances del acuerdo del juicio abreviado también requiere de la colaboración de la Fiscalía, que tiene el deber de no obstaculizar y asegurar la información necesaria a aquéllos fines.

Por último, **a la jurisdicción le compete el deber de controlar que la persona acusada haya sido puesta en conocimiento acabadamente** de la información relevante.

En este sentido, y de acuerdo a lo que esta Sala ha destacado en el **caso «López Pros»** «[...] la obligación de informar adecuadamente los alcances del procedimiento de juicio abreviado no es una mera formalidad, toda vez que la aceptación de responsabilidad por un hecho con sentido jurídico penal y de una sanción, puede traer consecuencias determinadas por la situación procesal de la persona acusada que deben ser conocidas antes de tomar una decisión».

Para ello, y como se dijo, el juez debe controlar que se le haya explicado adecuadamente a la persona acusada, en lenguaje claro, las implicaciones del acuerdo, asegurándose que éste las haya entendido, para lo cual puede interrogarlo y eventualmente reformular las expresiones empleadas. Este ejercicio de interacción permite descartar que la persona acusada no haya comprendido acabadamente el acuerdo y las implicancias del procedimiento abreviado, posibilitando el correcto empleo de este último.

Finalmente, encuentro adecuado recordar que el compromiso del Poder Judicial de Mendoza en la profundización de políticas de acceso a justicia mediante el uso de lenguaje claro se ha traducido en la implementación de herramientas de acceso público, disponibles en el sitio Web institucional del Poder Judicial de Mendoza [www.jus.mendoza.gov.ar/Web/lenguaje-claro].

Allí, las partes pueden acceder a herramientas técnicas para materializar comunicaciones y decisiones que sean comprensibles por toda la ciudadanía. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de revisión interpuesto por la defensa en autos (art. 495 del CPP).
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de octubre de 2021.-

36- LEAL MONTOYA. 05-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														353
VG	-	NNA	Arm	PCE	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	-4°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=669>

Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, arts. 62 inc. 2 y 67 inc. a párrafo 6° del CP. Leyes 26705 y 27206. Convención Belem Do Pará.

Vox: Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo. Arma. **Prescripción de la acción.**

Summa:

El **JPC N° 1** resolvió sobreseer al acusado por los hechos que le fueran atribuidos en razón de considerar que había operado la prescripción de la acción penal en la presente causa (art. 353 inc. 4 del CPP en función con los arts. 2, 59, inc. 3 y 62, inc. 2 del C.P.).

El **MPF** interpone recurso por errónea aplicación de la ley sustantiva. Entiende que la acción respecto del delito investigado se encuentra vigente en tanto afirma que no puede soslayarse la reforma operada por **la ley 26.705** que reformó el régimen de suspensión de la acción penal para los delitos contra la integridad sexual y trata de personas.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación articulado por la Jefatura de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia revocar la Sentencia de sobreseimiento dictada. Habiendo operado un **acto sustancial interruptivo –la comisión de un nuevo hecho criminal por parte del acusado–**, en la presente causa **no se ha operado la prescripción de la acción penal.**

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3607 (05-09-19), pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Delfino. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcLDL.pdf
- Fernández, Pedro. 30-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180830_FcFPA.pdf
- Price, Brian Alan y otros. 12-08-21: <https://www.cij.gov.ar/nota-38529-Resoluci-n-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n-en-causa-CSJ-2646-2015-CS1--Price--Brian-Alan-y-otros-s--homicidio-simple-.html>
- Fallos 294:68. 19-02-1976:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=12293>

- Fallos 287:76:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=14606>

- Fallos 318:2148.

b- Cámara de Apelaciones de La Plata

- Brítez. 16-08-19.

c- Cámara Federal de Casación Penal

- AJ. 22-03-16

d- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional*

- PSG.11-10-19:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48326-abuso-sexual-prescripcion-accion-hecho-ocurrido-2004-y-denunciado-2018>

Doctrina citada.

DÍAS, Horacio, «Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte General», Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 593.

ROMERO VILLANUEVA, ob. cit., p. 187 con cita de fallos en notas 32 y 33.

VERA BARROS, Oscar, La Prescripción Penal en el Código Penal, 2da. edición, Lerner Editora SRL, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 264

Párrafos destacados

“Sobre la cuestión vinculada a la reforma de las leyes 26.705 y 27.206 he sostenido anteriormente que la aplicación de las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción incluidas por esas leyes respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia resulta violatoria del principio de legalidad e importan una evidente violación a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Destaqué, además, que la sujeción de los jueces a la ley, en un Estado de Derecho, hace a su jurisdicción e independencia (ver al respecto los precedentes «Lemos Delfino» y «Fernández, Pedro y Flores, Hilda»).”

“Dicho esto, resultando la víctima mayor a la fecha de los hechos y habiendo transcurrido el plazo máximo previsto por el art. 62 del CP, nada habilita invocar la aplicación retroactiva del régimen de excepción, por ninguna razón, ni tan siquiera en la posición minoritaria seguida en los fallos que el Ministerio Público Fiscal invoca a su favor, que responden a hechos diferentes en los que las víctimas han sido menores de edad a la fecha del hecho.”

SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia)..

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-04870011-4/1((018501-3651)) FC/ LEAL MONTOYA P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (3651) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104953673*

En Mendoza, a cinco días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04870011-4/1 caratulada “F. C/LEAL MONTOYA, MIGUEL ÁNGEL P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR EL USO DE ARMA, EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 35/37 obra recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Jefe y la Fiscal de Instrucción de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual contra la sentencia N° 3.607 de fecha 5 de septiembre de 2019 del Juzgado Penal Colegiado N° 1.

Esto por cuanto sobreesee a Miguel Ángel Leal Montoya como autor penalmente responsable del delito abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el vínculo y por el uso de arma, en concurso real (arts. 119, tercero y cuarto párrafo, incs. b y d y 55 del CP) por prescripción de la acción penal (art. 353 inc. 4º del CPP en función con los arts. 2, 59 inc. 3º y 62 inc. 2º del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la solución del presente caso y tal como se adelantara, resolvió sobreesee al acusado Miguel Ángel Leal Montoya por los hechos que le fueran atribuidos en razón de considerar que había operado la prescripción de la acción penal en la presente causa (art. 353 inc. 4 del CPP en función con los arts. 2, 59, inc. 3 y 62, inc. 2 del C.P.).

Para así decidir, y ante el planteo de la defensa, el juez de la anterior instancia entendió que la ley 26.705 –que agregara una nueva causa de prescripción de la acción penal (sic), y que fuera invocada por el Fiscal Jefe de la Unidad de Delitos contra la Integridad Sexual– no debía ser aplicada al caso, en tanto la misma fue sancionada el 5 de octubre de 2011, es decir con posterioridad al hecho atribuido al acusado, que en cualquier caso dataría del año 2005.

2.- El recurso de casación

El Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, juntamente con la Fiscal de Instrucción interviniente, formula recurso de casación contra la sentencia de sobreseimiento arriba individualizada, al entender que la acción respecto del delito investigado se encuentra vigente en tanto afirma que no puede soslayarse la reforma operada por la ley 26.705 que reformó el régimen de suspensión de la acción penal para los delitos contra la integridad sexual y trata de personas (sic).

Entiende que, de la interpretación integral del nuevo plexo legal, el transcurso del plazo de prescripción se supedita a la **condición de que la víctima formule por sí la denuncia**, en el supuesto de que fuese mayor de edad o ratifique la interpuesta por sus representantes en caso de ser menor de edad.

En el caso sostiene que el tercer ilícito denunciado por la víctima data del año **2005**, cuando ésta contaba con 26 años de edad.

Relata brevemente el hecho y afirma que la acción penal que emerge de ese hecho, de acuerdo a su plazo **máximo –doce años–** se hallaba vigente al momento de entrada en vigor **la ley 27.206**.

Sostiene que surge con claridad de dicha normativa que el interés estatal en la investigación, persecución y sanción de este ilícito cesará doce años después de la denuncia.

Cita en apoyo de su postura un **fallo de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de La Plata del 16 de agosto de 2019**, causa «Brítez» y la postura sentada por la **Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en fecha 22 de marzo de 2016** en «A.J.».

Del mismo modo, destaca las razones de política criminal del legislador nacional al modificar el Código Penal cuya base es normativa supranacional específica –en el caso la Convención de Belem Do Pará– vigente al momento de los hechos.

Ello en tanto la víctima de autos es una mujer.

Finalmente referencia que **no desconoce el precedente «Lemos Delfino» de este Tribunal, pero que a la postura que esa parte sostiene se han sumado otros tribunales y que el fallo referenciado no se encuentra firme** por encontrarse pendiente la resolución de un **recurso extraordinario federal**.

En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, se revoque por contrario imperio la resolución impugnada y se ordene la devolución a origen a fin de que se realice debate oral.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 48 mantiene el recurso de casación articulado por la Jefatura de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal considero que, por los argumentos que a continuación se exponen, corresponde hacerle lugar y, en consecuencia, revocarse la sentencia recurrida. Veamos.

La cuestión central del caso traído a consideración de este Tribunal se centra en la determinación por el juez de la instancia previa acerca de si la acción penal, en función de las modificaciones operadas por las leyes 26.705 y 27.206, se encuentra vigente.

En este sentido, el reclamo de los recurrentes se circunscribe a la **errónea aplicación de la ley sustantiva**. En este orden, los acusadores públicos sostienen que, aún cuando los hechos datan del año 2005, la acción penal se hallaba vigente a la fecha de la **denuncia –que aconteció el 10 de septiembre de 2018–** en virtud de la modificación operada por las leyes 26.705 y 27.206.

En función de ello pretenden la revocación de la sentencia dictada y la aplicación retroactiva de las causales de excepción contenidas en el nuevo artículo 67 del CP.

Así, los recurrentes sostienen que en las presentes actuaciones **la acción penal no está prescripta por cuanto al momento de radicar la denuncia la víctima, mayor de edad, a tenor al plazo máximo previsto por nuestro Código Penal –doce años– se hallaba vigente de conformidad al nuevo régimen legal.** A ello agrega que la prescripción comenzaría a correr desde que la víctima radicara la denuncia, por cuanto «de la propia normativa penal surge con claridad que el interés estatal en la investigación, persecución y sanción de este ilícito cesará **12 años después de la denuncia**». Paralelamente sostiene que corresponde atender los **motivos de política criminal** que informaron la mentada modificación y que tuvieron origen en los tratados internacionales –y cita en este caso solo la Convención de Belém Do Pará– ya vigentes a la fecha de los hechos.

Tal como se dijo, en las presentes actuaciones **la denuncia de los hechos fue realizada por G.F.L. el 10 de septiembre de 2018. A esa fecha aquélla tenía 39 años.** En relación con los hechos denunciados G.L.F. refirió que los abusos sexuales comenzaron a acontecer cuando tenía diez y doce años de edad y que fueron cometidos por su hermano, el acusado, quien en ese momento tenía 20 años. A ello agregó que el último hecho sucedió cuando ella ya contaba con 26 años, a fines de diciembre de 2005, ocasión en la que se encontraba embarazada de ocho meses y medio. Respecto de este último hecho refiere que, luego de sucedido y por la noche, nació su bebé y que volvió a San Luis, lugar donde residía, por lo nunca hizo la denuncia.

De acuerdo a las constancias de fs. 46/47 el Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual instruyó, a través de directivas específicas, a fin de que la fiscal de instrucción se avocara únicamente a la investigación del hecho acontecido durante el año 2005, por considerar que la acción penal emergente de ese suceso se encontraba vigente. Esto por cuanto consideró que los hechos denunciados ocurridos cuando G.L.F. tenía diez y doce años se encontraban prescriptos.

De tal manera, tenemos que el hecho sujeto a investigación data de fines de diciembre del año 2005. A esa fecha aquélla era mayor de edad –26 años– en tanto su fecha de nacimiento es 10/04/1979. Por su parte, la denuncia fue radicada el 10/09/2018 y la ley 27.206 –no la ley 26.705 como se sostiene en el recurso y el sentenciante en los fundamentos orales– modificatoria del art. 67 del CP fue publicada en el Boletín Oficial el 10/11/2015.

Realizada la reseña referida, debo señalar que **no comparto el razonamiento del recurrente por cuanto no puede sostenerse que el curso de la acción del delito investigado se hallaba vigente por los argumentos vertidos.** Veamos.

El razonamiento de los acusadores públicos adolece de un error primigenio, pues la víctima a la fecha del hecho objeto de la acusación era mayor de edad. En este sentido debe tenerse presente que el art. 67 del CP, en el párrafo 3 modificado dispone, en lo que nos interesa, que: «[...] En los delitos previstos por los artículos 119 [...] se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. [...]».

Ley 26705

Ahora bien, es necesario mencionar al respecto que **la ley 26.705 incorporó un segundo párrafo al art. 63 del CP** que preveía una excepción al principio según el cual la prescripción de la acción comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, disponiendo que «cuando la víctima fuera menor» y respecto de los delitos previstos por los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 in fine y 130, párrafos segundo y tercero del CP, aquella prescripción comenzaba a correr una vez alcanzada la mayoría de edad.

Ley 27206

Dicha normativa resultó derogada por **la ley 27.206** que modificó, como ya se ha expresado el régimen de suspensión mientras la víctima fuera menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formulara por sí la denuncia o ratificara la realizada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

—Sobre la cuestión vinculada a la reforma de las leyes 26.705 y 27.206 he sostenido anteriormente que la aplicación de las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción incluidas por esas leyes respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia resulta violatoria del principio de legalidad e importan una evidente violación a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Destaqué, además, que la sujeción de los jueces a la ley, en un Estado de Derecho, hace a su jurisdicción e independencia (ver al respecto los precedentes **«Lemos Delfino»** y **«Fernández, Pedro y Flores, Hilda»**).

Del mismo modo referí que, no obstante la aplicación de las normas convencionales que postula de aplicación los acusadores públicos —en cuanto obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir las normas de derecho internacional de los derechos humanos—, así como las razones de política criminal del legislador nacional al modificar el Código Penal, cuya base es normativa supranacional específica, lo cierto es que en esa normativa supranacional también se consagran los principios de legalidad y la prohibición de aplicar la ley penal retroactivamente en perjuicio del acusado.

Relacionado con esto último específicamente en el precedente **«Lemos Delfino»** expresé que el régimen de la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de «ley penal» y, por ello, le conciernen todas las consecuencias que derivan de la vigencia de aquellos principios de legalidad e irretroactividad (**ver CSJN, Fallos 294:68; Fallos: 287:76; en igual dirección puede verse el voto del juez Petracchi en Fallos: 318:2148; nuevamente en Fallo 2646/2015/CS1, «Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple» del 12/08/2021**). También, debe señalarse que la más calificada doctrina asiste a la tesis que postulo (ver las citas en los fallos mencionados).

Ahora bien, en el caso en análisis el juez de la instancia anterior resolvió el dictado del sobreseimiento por aplicación de la ley penal más benigna, pero un análisis adecuado del plexo normativo aplicable evidencia que la víctima no se encuentra comprendida en las causales de excepción que incorporaran las leyes invocadas lisa y llanamente porque, al momento de los hechos, no cumplía uno de los requisitos: la minoría de edad.

En este orden se sostiene que «[l]a ley 27.206 vino a suplantar a la ley 26.705, otorgando mayor protección a la víctima menor de los delitos incluidos en el catálogo, desde una perspectiva similar, pero no idéntica. El anterior sistema contenía un enfoque basado en el comienzo del cómputo de la prescripción, estableciendo una excepción a la regla general. Por su parte, la ley 27.206 regula la cuestión como un

supuesto de suspensión de la prescripción.» (DÍAS, Horacio, «Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte General», Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 593). Y sigue, «[l]a norma establece no solamente que la prescripción se suspende durante la minoría de edad de la víctima, sino que además no es suficiente para que comience a correr el plazo que aquélla cumpla la mayoría de edad, sino que se establece un doble requisito que no opera alternativamente, sino conjuntamente, a saber: 1) Que la víctima debe haber cumplido la mayoría de edad, y 2) que la víctima formule por sí la denuncia o ratifique la que hubieran formulado sus representantes legales cuando ésta era menor de edad [...].».

Del mismo modo se ha expedido la jurisprudencia al señalar que «[t]odo lo analizado fue oportunamente receptado en las leyes nacionales 26.705 y 27.206 que, en los fundamentos que acompañaron a los proyectos se remarcó que “La Convención sobre los Derechos del Niño -incorporada a nuestra Constitución Nacional- impone al Estado Argentino la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, en tanto que la ley 26061 dispone el derecho del niño, de la niña y del adolescente a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral estableciendo que, cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros ”.

Se señaló asimismo que “Al igual que en Chile, Colombia, España y Alemania, cuya legislación penal avanzó a paso firme sobre este tema, en el mismo sentido el presente proyecto intenta -al prolongar el tiempo de la prescripción del delito- paliar una situación de evidente desventaja de la víctima frente a su agresor para que pueda, una vez alcanzada la madurez necesaria, luchar judicialmente por su dignidad.”; y que “El interés superior del menor requiere la pronta adecuación del Código Penal para quienes hayan sido víctimas de abuso sexual infantil a efectos de que cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que tengan el poder propio de hacerlo... De tal forma, la víctima que no haya podido defenderse durante su niñez, en la que dependía de una representación legal forzosa, podrá hacerlo luego de alcanzada la mayoría de edad.”

Se valoró entonces que “gran parte de los delitos cometidos contra la integridad sexual de menores quedan, con frecuencia, impunes en función de que la víctima -incapaz de hecho- no está en condiciones de defenderse a sí misma y porque depende de la representación legal forzosa de algún adulto integrante del grupo familiar primario quien, en muchos casos, podría identificarse como el propio agresor. Asimismo, la víctima, al alcanzar la mayoría de edad -o la madurez personal necesaria para accionar-, se enfrenta, muchas veces, a una acción penal prescripta» **(del voto del juez Julio Marcelo Lucini en legajo N° 82867/2018/CA1 “P., S. G. s/ abuso sexual -Juzgado Criminal y Correccional N° 45 Prescripción (GVW)” Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional, Sala 6, 11 de octubre de 2019, www.pensamientopenal.com.ar).**

En el mismo fallo, la jueza Magdalena Laíño refiere en el mismo sentido las discusiones parlamentarias, «[L]as exposiciones dejan en evidencia, de modo claro y a contrario de lo que se afirma, que la cuestión no se hallaba zanjada a nivel interno y que era necesario, luego de la sanción de la “Ley Piazza” en el año 2011 de dictar una nueva norma que redefiniera los plazos de prescripción de la acción penal en casos en los que los menores eran víctimas de delitos contra la integridad sexual (Período 129º, HC Senadores, 2ª Reunión, 1ª Sesión Ordinaria 16 de marzo de 2011 y HC Diputados, 8ª Reunión, 6ª Sesión Ordinaria (Especial) 7 de septiembre de 2011) y luego a través de la “Ley de Respeto a los Tiempos de las Víctimas y su aplicación” se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo

cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad (Período 133º, HC Senadores, 4ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria 27 de mayo de 2015 y 10ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria 28 de octubre de 2015; HC Diputados, 7ª Reunión, 7ª Reunión Ordinaria (Especial), 7 de octubre de 2015)».

Dicho esto, resultando la víctima mayor a la fecha de los hechos y habiendo transcurrido el plazo máximo previsto por el art. 62 del CP, nada habilita invocar la aplicación retroactiva del régimen de excepción, por ninguna razón, ni tan siquiera en la posición minoritaria seguida en los fallos que el Ministerio Público Fiscal invoca a su favor, que responden a hechos diferentes en los que las víctimas han sido menores de edad a la fecha del hecho.

Ahora bien, tal como adelantara, la solución del caso viene dada por la verificación de una causal interruptiva del curso de la prescripción en la presente causa, de acuerdo con lo previsto por el art. 67, 4º párrafo del CP.

De la atenta compulsada de las actuaciones principales N° P-3.651/18, a fs. 74/76 constan los antecedentes del acusado de la Dirección Nacional de Reincidencia –copia de la sentencia N° 5.803, fundamentos y cómputo del Tercer Juzgado Correccional– de los que surge que el día 28 de junio de 2017 se condenó a Miguel Ángel Leal Montoya a la pena de seis meses de prisión en suspenso y se dispuso de reglas de conducta por el término de dos años.

Esto en los autos N° P-8.037/17 caratulados “F. c/Leal, Miguel Ángel p/amenazas simples”. Los hechos de dicha condena datan del 29 de enero de 2017, conforme surge de fs. 53/55 del presente legajo. Siendo los hechos aquí investigados del mes de diciembre del año 2005, el curso de la prescripción de la acción del delito investigado, abuso sexual con acceso carnal agravado, cuyo plazo máximo es de doce años, se vio interrumpido por la comisión del delito de amenazas cometido el 29 de enero 2017, declarado tal mediante la referida sentencia N° 5.803. Ello implica el cumplimiento de los extremos exigidos por el art. 62 inc. 2º del CP. Ha recaído además sentencia condenatoria firme, en posición que comparto, lo que deja firme la fecha del hecho del delito, pues no es la condena la causa interruptiva sino el hecho que la motiva. Así, «[p]ara la mayoría de la dogmática actual deviene imprescindible la certeza de que la persona haya cometido un nuevo hecho punible, por lo cual nos hallamos frente a la condición o recaudo del dictado de una condena y que ésta se encuentre firme, **dado que la subsistencia de la acción penal debe ser resuelta atendiendo a la situación existente al momento del planteo pues se trata de una cuestión de orden público que afecta principios y garantías constitucionales impostergables**» (ROMERO VILLANUEVA, ob. cit., p. 187 con cita de fallos en notas 32 y 33).

Y, «[s]ólo la sentencia de condena permite determinar cuándo y en qué fecha un sujeto ha cometido otro delito, circunstancias estas imprescindibles para decidir si ese delito ha sido cometido dentro del plazo de prescripción del delito anterior [...] apreciación que resulta consecuente con la razón de ser de esta causal de interrupción: la mala conducta del imputado.» (VERA BARROS, Oscar, *La Prescripción Penal en el Código Penal*, 2da. edición, Lerner Editora SRL, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 264).

En consecuencia, habiendo operado un **acto sustancial interruptivo –la comisión de un nuevo hecho criminal por parte del acusado–**, en la presente causa no se ha operado la prescripción de la acción penal. Esto en razón de reiniciarse el curso de la prescripción a partir del 29 de enero de **2017**, fecha anterior al vencimiento de dicho término que habría ocurrido en diciembre de 2017.

De acuerdo con lo señalado considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DRES. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular la sentencia N° 3.607 y sus fundamentos, en Sala unipersonal, por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, y remitir las actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado a fin de que la causa continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia revocar la Sentencia N° 3.607 de sobreseimiento dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, cuyas copias se hallan digitalizadas, respecto de Miguel Ángel Leal Montoya (arts. 62 inc. 2 y 67 inc. a) párrafo 6° del CP).
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 05 de noviembre de 2021.-

37- MAMANI CALLA. 05-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211108_FcGBC.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función 4° párrafo inc. b y 55 del CP. Convención de Belém Do Pará. CADH. PIDCyP. Arts. 1, 16 y 33 de la CN. Arts. 206 y 409 del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Vínculo. Fellatio in ore.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **trece años de prisión**, accesorias legales y costa, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (varios hechos en concurso real) (arts. 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado “b”, art. 55 y art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo apartado “b”, todos del CP.)

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando e in procedendo en el razonamiento desplegado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado,

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1390, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3MDU=&tabela=c2M=>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDM0ODU=&tabla=c2M=>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 02-03-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzMzA=&tabela=c2M=>
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

- G. Ayala. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDMxMjI=&t=abla=c2M=>
- Basualdo. 07-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1NDM=&t=abla=c2M=>
- Centorbi Bajouth. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCBG.pdf

Parágrafos destacados

Aunque no integre un punto controvertido por la defensa, lo cierto es que la consistencia intrínseca del relato de la niña se comprueba claramente mediante el repaso íntegro de su declaración en Cámara Gesell, desde que se compadece con la prueba que de cargo que lo corrobora.

El repaso de las constancias de la causa revela que la crítica que efectúa la recurrente es una mera reiteración de lo que expuso en los alegatos de clausura (fs. 65), no habiendo refutado en esta instancia extraordinaria los sólidos argumentos en virtud de los cuales el juzgador en los fundamentos, rechazó el planteo.

Comparto en ese sentido la interpretación que hizo el juez de mérito, la que coincide con la posición que vengo sosteniendo desde anteriores pronunciamientos al presente, en los que afirmé que la denominada «fellatio in ore» reúne los requisitos típicos previstos normativamente en el tercer párrafo del art. 119 de la legislación de fondo (ver, entre otros, «**Basualdo**»).

Así, expresamente el juez sostuvo que «[r]esulta más grave el abuso, y más reprochable, cuando ha ocurrido respecto de una menor de entre 8 y 9 años, que cuando ello actúa con víctimas más grandes de edad, pues de trata del aprovechamiento de una situación de grave vulnerabilidad. Así, mientras menor es la edad de la víctima, más fácil es el abuso desde que menores posibilidades tiene de rechazarlo y, por eso mismo, más cuestionable a nivel de ilícito del autor».

Aún cuando la defensa no lo exponga ni fundamente en estos términos, descarto que la operación de mensuración haya contrariado la prohibición de doble valoración al momento de la individualización judicial de la pena. Lo afirmado en el párrafo precedente surge de observar que, tanto la evaluación que hace el sentenciante acerca que la víctima se encontraba bajo la custodia del acusado al momento de los acometimientos sexuales, como de la cantidad de hechos y la edad de la misma, integran un razonamiento dirigido a examinar las circunstancias de realización de los hechos ventilados en la causa, y su respectiva incidencia en el grado de reprochabilidad de la conducta enrostrada (ver fundamentos, fs. 83).

Pues, en el mismo sentido en que lo indica el señor Procurador en su dictamen, aquellos aspectos tienden a explicar el modus operandi del justiciable para perpetrar los ataques contra la integridad sexual de su hija y la edad concreta de la víctima que merece ser tomada en cuenta atengo a la franja etaria que contempla el art. 119 del CP. (ver fs. 115).

SCJM: Dres. Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05566071-3/1((018602-95939)) FC/ MAMANI CALLA BERNABÉ BETO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO (VARIOS HECHOS EN CONCURSO REAL) EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO (VARIOS HECHOS EN CONCURSO REAL) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105749193*

En Mendoza, a los cinco días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05566071-3/1 caratulada “FC/MAMANI CALLA, BERNABÉ BETO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (VARIOS HECHOS EN CONCURSO REAL) EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO (VARIOS HECHOS) S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa del acusado Bernabé Beto Mamaní Calla formula recurso de casación (fs. 93/105) contra la sentencia N° 1.390 (fs. 63 y vta.) y sus fundamentos (fs. 64/73 vta.), pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial –actuando en sala unipersonal–.

La sentencia en cuestión condenó al nombrado a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costa, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (varios hechos en concurso real) (arts. 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado “b”, art. 55 y art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo apartado “b”, todos del CP.), en el marco de los autos N° P-95.939/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa permitían acreditar con certeza que los hechos ocurrieron del modo en que aparecen descriptos en la acusación fiscal, esto es, que «[e]n fecha no precisada a esta altura de la investigación, pero en el período comprendido entre el día 4 de mayo de 2.015 y el día 4 de mayo de 2.016, en horas de la noche, en un número indeterminado de veces, y en circunstancias en que la menor [J.M.M.R.] (de 8 años de edad) se encontraba en el domicilio de Barrio 25 de mayo, manzana 3, lote 13, Rodeo del Medio, Maipú, lugar en el que pernoctaba los fines de semana, el sindicado y padre de la menor, Bernabé Beto MAMANI CALLA, mientras dormían en la misma habitación, realizaba tocamientos e introducía sus dedos en la vagina de la misma, como asimismo, se

agachaba e introducía su pene en la boca de la niña, a quien le decía que se callara» (ver fundamentos, fs. 66).

Para decidir en tal sentido, el juez de sentencia valoró la declaración de la niña en Cámara Gesell, cuya credibilidad consideró corroborada a través de los otros elementos probatorios.

En particular, la sentencia en crisis valoró principalmente la declaración testimonial de Érica Vanesa Rivas, Fernando Mamani, Cristian Oscar Olmedo, del Dr. Agasso y de la Lic. Riveros, así como el informe de Cámara Gesell de fs. 212/214, el informe sobre el examen físico del Cuerpo Médico Forense de fs. 38, y los informes elaborados por profesionales del EDEAAS sobre la entrevista preliminar de fs. 142 y la pericia psíquica de fs. 242/243. Cuadro probatorio que se completa con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso conforme el detalle obrante en el acta de debate.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada. Ello conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando e in procedendo en el razonamiento desplegado.

En lo que sigue, se reseñarán los agravios expresados por la defensa en el orden expuesto en el libelo recursivo. El relación con los vicios de procedimiento, el recurrente expresa que el tribunal de juicio se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional para tener por acreditado el delito por el que se ha condenado a su asistido, el que no ha podido ser demostrado más allá de toda duda razonable. Argumenta, en apoyo de esta tesitura, que:

a.- Se ha omitido considerar que diversos testigos afirmaron que, según la época del año, el acusado trabajaba en distintos horarios –porque realizaba trabajos de temporada–, pero siempre los días viernes por la tarde y los sábados en la mañana; información que controvierte los dichos de la madre de la supuesta víctima.

b.- Algunos puntos de la **declaración de la niña** no concuerdan con el contexto en que se afirma habrían ocurrido los hechos denunciados. Si bien afirmó que los hechos ocurrían de noche, y que cuando su padre le hizo practicar sexo oral ella corrió hasta el baño, y que a la vuelta del mismo le contó a su abuela, quien reaccionó golpeándola en su rostro; ello no se condice con la descripción que se hace durante el debate del domicilio del acusado.

Es que si el inmueble presenta distintas habitaciones, separadas entre sí, independientes una de la otra, la defensa no se explica cómo es posible que la niña fuera al baño y a decirle a su abuela lo sucedido.

c.- No se ha dado relevancia a los testigos de descargo cuando aseveraron que existían conflictos graves entre la madre de la niña y el acusado, en relación con exigencias de índole económica vinculadas a la compra para sus hijos de productos de primeras marcas.

d.- Surgió del debate que el hermano de la niña que dijo haber visto en forma borrosa la fellatio, pero aquél era un hijo extramatrimonial cuya existencia fue desconocida por el acusado durante mucho tiempo.

e.- Se omitió valorar a favor del acusado que la denunciante se presentó en su domicilio en forma hostil, y que la niña nunca manifestó en Cámara Gesell, ni a través de la declaración de la madre que, luego de esos hechos, se negara rotundamente a concurrir a la casa de su padre.

f.- Resulta llamativo que la madre de la niña dijo que había tomado conocimiento de los hechos un año y medio antes de denunciarlos, pero igualmente continuó llevando a sus hijos al domicilio o permitía que fueran a visitar a su padre. Los testigos de descargo coincidieron en que los hijos de Mamani fueron a su casa hasta unos días antes de la aprehensión.

g.- El testigo Olmedo describió a la niña como participativa y colaboradora, no advirtiendo retraimiento o introspección, ni tampoco que se tratara de una niña rebelde, como lo señala la madre, o que se cubriera sus senos para evitar mostrarlos, o que usara ropa suelta como lo sostuvo el Dr. Agasso.

h.- La declaración del Dr. Agasso desvirtúa los dichos de la denunciante en cuanto dijo que la niña era una hija ejemplar y que luego se puso rebelde, atrevida, que ocultaba su desarrollo corporal al caminar de forma encorvada y vestirse con ropa suelta. La defensa advierte que esa información, ausente en la denuncia, aparece durante el debate, y coincide con los dichos del referido profesional, lo que pone en evidencia cierta contaminación de la declaración.

i.- El acusado negó la existencia de los hechos. Mencionó que nunca tocaría a su hija, que no lo hizo, que existían conflictos con la madre porque ella pretendía que continuaran la relación, que fue engañado por la denunciante quien le hizo creer durante mucho tiempo que todos los menores eran hijos suyos, pero que luego descubrió que uno de ellos no lo era, aunque igualmente lo trató y crió como propio.

h.- El informe del Cuerpo Médico Forense practicado al imputado resulta tendencioso porque allí se indica que Mamani no presenta indicadores psicopáticos en la esfera sexual, aunque no se descarta que el hecho haya ocurrido.

Desde allí interpreta la recurrente que se trata de un examen tendencioso que debió ser valorado como prueba de descargo a favor del acusado. Subsidiariamente, y desde un punto de vista sustancial, la defensa entiende que los hechos acreditados mediante la sentencia recurrida deben ser calificados como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119 segundo párrafo en función con del cuarto párrafo, ambos del CP.).

Para ello, señala que el comportamiento delictivo que se le atribuye a su representado habría sido cometido aproximadamente entre abril de 2.015 y abril de 2.016, oportunidad en la cual se encontraba vigente el art. 119 del CP., texto según ley 25.087.

Aprecia que esa redacción luce diferente y más benigna de la actual, lo que impone interpretar los hechos con ese alcance, para asegurar que se cumplan los fines de la norma.

Advierte que se condenó a Mamani Calla por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, desde que se tuvo por acreditado que éste habría hecho que su hija le practicara sexo en forma oral (*fellatio in ore*).

Sin embargo, entiende que ese razonamiento jurídico es erróneo porque, según la redacción anterior de la mencionada norma, ello no constituía abuso sexual con acceso carnal sino un abuso sexual gravemente ultrajante porque se interpretaba que la boca no resultaba un conducto apto para generar un coito.

Agrega que si el legislador de entonces efectivamente hubiese querido incluir como acceso carnal la **fellatio in ore**, lo hubiera regulado en forma clara y expresa como lo hizo con la reforma al art. 119 del CP, mediante la ley 27.352.

Lo que reafirma al destacar que, si esa redacción de la ley 25.087 hubiese incluido el sexo vía oral, no había modificado la redacción de la misma como lo hizo.

Seguidamente, en lo relativo al monto de la pena, la recurrente manifiesta que cuando se aplica la agravante del cuarto párrafo, el segundo y tercer párrafo del art. 119 del CP tienen la misma pena, siendo que son figuras distintas y de diverso grado de afectación del bien jurídico.

Menciona que se advierte una incongruencia y una clara afectación a los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, derivados de los arts. 1, 16 y 33 de la Constitución Nacional, lo que torna inconstitucional el monto de pena previsto para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante cuando concurren alguna de las circunstancias del párrafo 4 del art. 119 del CP.

Cuestiona los argumentos dados por el sentenciante para justificar la sanción aplicada. Por un lado, advierte que al no poderse tener por cierto cuántos hechos efectivamente podrían haber ocurrido, la expresión «muchas veces» de la niña es abstracta e imprecisa.

Por otro lado, no puede considerarse agravante la edad de la niña, pues esa circunstancia ya está contemplada en la misma ley cuando se refiere a menores de trece años.

Agrega, que el juez valora como agravante el hecho que la niña se encontraba bajo la custodia del acusado siendo que ello configura un delito distinto.

De tal manera, elabora una escala penal en la que aumenta en un tercio el mínimo y el máximo, entiende que la pena que resulta adecuada es la de cinco años y cuatro meses de prisión, porque se trata de una persona carente de antecedentes que, además, cuenta con un examen psicológico en el que se descartaron patologías en la esfera sexual.

Por todo lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso incoado, y se declare la nulidad absoluta de la sentencia en crisis, absolviéndose al acusado por el beneficio de la duda, de conformidad con el art. 2 y 409 párrafo 4 del CPP.

Caso contrario, peticona que este Tribunal cambie la calificación legal, condenando al acusado a la pena de cinco años y cuatro meses de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, previsto y penado en el art. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo del CP.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En este sentido señala que a estrategia de la defensa consiste en reiterar los argumentos que ya expuso durante el debate, con expresiones que no alcanzan a demostrar la presencia de vicios o defectos en el razonamiento del Tribunal.

Por el contrario, entiende que la resolución en crisis se encuentra debidamente fundada, pues la lectura de los fundamentos del fallo demuestra un análisis profundo del plexo probatorio e indiciario reunido, valorando en conjunto las declaraciones recibidas y el resto de la prueba colectada.

Aprecia que el juez de sentencia halló que los dichos de la víctima eran coherentes y persistentes, y avaló esa percepción con otras pruebas periféricas que abonaban sus dichos, las que fueron debidamente analizadas por el juzgador.

Entre ellas, las declaraciones de los expertos en psicología-psiquiatría que revelaron criterios de credibilidad en base a las técnicas que utilizaron, además del testimonio del hermano de la víctima, quien presenció una de las circunstancias descriptas en la acusación, y así lo expuso en debate.

Descarta los cuestionamientos defensivos sobre la credibilidad de la denunciante, vinculados con la tardanza a denunciar, aspecto que el juez explicó al apreciar que vivenciada violencia física y económica de parte del acusado.

Considera que las manifestaciones de los testigos cuando depusieron sobre notaron cambios de conducta en la niña no constituyen contradicciones, sino opiniones distintas derivadas de las diferentes apreciaciones de las personas que interactuaron con aquella, en distintas oportunidades y ámbitos.

Con respecto al cuestionamiento relacionado con los órganos que practicaron los diferentes informes, advierte que el tribunal contestó el punto dejando en claro que los profesionales tienen el deber de actuar con objetividad profesional, con el deber de decir verdad.

Aclara que el valor conviccional del examen psíquico practicado al acusado surge, si se lo valora en conjunto con el resto de la prueba, que los hechos han sido probados sobre la base de los testimonios concordantes, principalmente de la menor, su progenitora y su hermano, y de los peritos intervinientes.

En función de todo ello, considera que todos los agravios vinculados con la valoración probatoria deben ser rechazados.

En cuanto al cambio de **calificación** propuesto en subsidio, estima que se trata de una opinión personal defensiva que no se sostiene en la doctrina ni en la jurisprudencia que, mayoritariamente, consideraban la introducción del pene en la boca de la víctima como un supuesto de abuso sexual con acceso carnal.

En este sentido, expresa que las palabras de la ley «por cualquier vía» permitía interpretar la inclusión de la vía oral.

Por ello, estima que los hechos probados se encuentran subsumidos en la calificación legal correcta.

Finalmente, en cuanto al monto de la pena, el titular del Ministerio Público Fiscal entiende que los cuestionamientos por los que se tacha de inconstitucional la escala penal prevista en abstracto son alusiones que no resultan oportunas por no encontrarse en discusión tal aspecto.

Agrega que el monto de pena aplicado en la sentencia no aparece como desproporcionado o carente de fundamentación, sino que se ajusta a las constancias de la causa.

A su vez, descarta doble valoración al individualizar la pena, pues los aspectos controvertidos por el defensor han sido utilizados por el sentenciante para explicar el modus operandi del justiciable para perpetrar los ataques contra la integridad sexual de su hija y la edad concreta de la víctima que merece ser tenida en cuenta atento a la franja etaria que contempla el art. 119 del CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones. a.- Consideraciones sobre la valoración de la prueba realizada en la instancia anterior En el primer tramo del escrito recursivo, la defensa cuestiona el grado de certeza alcanzado por el magistrado interviniente en relación con la existencia de los hechos objeto del debate y la autoría del acusado. Sin embargo, en contra de las pretensiones de la defensa, entiendo que no existe un estado de duda que amerite anular la resolución impugnada, desde que cada una de las conclusiones alcanzadas sobre ambos aspectos de la imputación delictiva resulta adecuadamente, en tanto se fundan en un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias probatorias del proceso. En este aspecto, deben descartarse omisiones de evaluación de prueba conducente y decisiva para el desenlace aquí censurado. En tal sentido, la defensa no logra demostrar de modo alguno que el tribunal de la instancia anterior se haya apartado en su labor de los principios que integran la sana crítica racional, como sistema de valoración probatoria (arts. 206 y 409 del CPP).

Pues más allá de su invocación, lo cierto es que no ha contrapuesto un análisis que se proyecte sobre todo el cuadro convictivo meritado en la pieza atacada que evidencie, en función de éste, la decisividad de los vicios que se denuncian. A mi modo de ver, ello sella la suerte adversa del recurso, porque resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquel.

De manera preliminar debo señalar que, con anterioridad, me he expedido acerca de las particularidades que asume la valoración de la prueba en este género de comportamientos delictivos, desde que los mismos presentan especiales características que impactan, de modo directo, sobre el modo en que deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal, a cuyos términos, en honor a la brevedad, me remito en esta oportunidad («**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**Gómez Ayala**» entre muchos otros). Sentado ello, advierto que el tribunal de la instancia anterior ha aplicado satisfactoriamente los criterios probatorios delineados en los antecedentes jurisprudenciales aludidos .En lo que sigue se analizarán los agravios casatorios en el orden que han sido aludidos por la defensa en su escrito.. La quejosa expresa que se ha omitido valorar a favor del acusado información proporcionada por los testigos de descargo cuando declararon durante el debate oral.

Ello, particularmente relacionado con el modo en que el acusado desarrollaba su actividad laboral, así como también, respecto del tipo de relación que mantenía con la madre de la niña y la conducta de ella posterior a formular la denuncia. Sin embargo, entiendo que no le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone. Primero, desde que la parte que invoca omisión de valoración de prueba debe demostrar de qué manera la inclusión de la supuesta prueba no considerada repercute decisivamente en el razonamiento judicial para hacer variar el sentido de la decisión final. Este aspecto se observa ausente en el escrito recursivo. Segundo, porque el repaso de los fundamentos del fallo le quita razón a la pretensión defensiva, pues se verifica que ninguno de los aspectos mencionados por la defensa han sido omitidos de consideración por el juez de sentencia. Lo que sí ocurre es que la valoración de esos elementos

probatorios, dentro del plexo obrante en la causa, controvierte la teoría del caso sostenida por la defensa como estrategia de litigación, orientada a rechazar la existencia de los hechos denunciados. Desarrollo ambos puntos en lo que sigue. Según considero, y en cuanto a la modalidad laboral del acusado señalada por los testigos de descargo, asiste la razón al sentenciante cuando descarta que sus expresiones permitan descartar, como circunstancia probada, que luego de la separación de hecho de la pareja, era una práctica común que los hijos de Mamani, incluida la niña víctima, se quedaban habitualmente los fines de semana con su padre, y que esto se extendía desde el sábado al domingo; estancia que incluía el hecho de pernoctar en su domicilio (ver fundamentos, fs. 68).

Esta situación, precisamente, era aprovechada por el acusado para perpetrar los acometimientos sexuales contra su hija. Recordemos aquí que, en las entrevistas psicológicas y la Cámara Gesell, la niña detalló las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron lugar los hechos investigados. En cuanto aquí importa para el análisis del agravio en cuestión, declaró que las agresiones sexuales –tocamientos sobre zonas pudendas de su cuerpo, introducción digital vaginal y fellatio in ore- se producían cuando, junto a sus hermanos, visitaba a su padre, y ello ocurría «[t]odos los fines de semana [porque] estábamos de lunes a viernes en la casa de mi abuela con mi mamá, y los sábados y los domingos en la casa de mi papá». Detalló, además, que los abusos siempre se producían durante la noche, mientras dormían junto a sus hermanos y que su padre no se encontraba durante el día porque regresaba a su domicilio en horas de la tarde «[s]iempre llegaba a las siete u ocho» (ver audiencia de Cámara Gesell, min. 00:19:54; ver desgravado de la declaración, fs. 213 y vta.). De este modo, no se advierte en qué aspecto las manifestaciones de los testigos de descargo se muestran discordantes con la dinámica modal de los hechos acreditados en la sentencia. En otras palabras, que el acusado tuviera distintos horarios de trabajo según la temporada del año que se tratara y que, incluso, hubiera trabajado los días viernes, sábados y domingo todo el día, no excluye tener por cierto que los acometimientos sexuales se producían –como lo considera el juez de juicio- durante los fines de semana, en horas de la noche, cuando Mamani Calla se encontraba con sus hijos –entre ellos la víctima-, quienes se quedaban a dormir en su domicilio. Por otra parte, considero que no resulta pertinente ni dirimente indagar aquí el tipo de trato que mantenían el acusado y la denunciante, pues se trata de aspectos circundantes al caso que, además, han sido expresamente analizados en la pieza atacada. En efecto, la sentencia no se desentiende de este aspecto, aunque lo analiza e interpreta en contra de las pretensiones defensivas. Así, el juez de la instancia anterior ponderó que esa relación estaba enmarcada dentro de un contexto de violencia física y económica ejercida por Mamaní Calla en contra de la denunciante, y evaluó esa situación como una explicación razonable acerca de las causas que desencadenaron la dilación de esta última en formular la denuncia de aquellos hechos que le fueron revelados por su hija (ver fundamentos, fs. 70).

A ello cabe agregar que, si lo que pretende la defensa es demostrar que la conflictiva relación de pareja desencadenó la denuncia contra el acusado, lo cierto es que el tribunal de juicio descartó que el relato de la niña haya sido producto de la influencia materna. Finalmente, en lo que tiene que ver con el argumento de la defensa por el que cuestiona que la madre de la niña, con posterioridad a denunciar el hecho, siguió permitiendo el contacto de sus hijos con el acusado, es un aspecto fáctico que, además de intrascendente sobre los hechos objeto del proceso, también ha sido descartado en la sentencia. Precisamente ello se observa cuando el juez de mérito, al ponderar la correspondencia entre los dichos de la denunciante y su hija, destaca la coincidencia entre ellas al relatar cuál fue la única –y última- vez que tuvieron contacto personal con el acusado luego de la develación, lo que ocurrió cuando se reunieron a fin de realizar

algunas compras (ver fundamentos, fs. 70 vta.). Por todo ello, este primer punto de agravio debe ser rechazado. En segundo lugar, tampoco coincide con la perspectiva de la recurrente en lo que respecta a la existencia de contradicciones en el relato de la víctima.

Esto en razón de que la presencia de ciertas discrepancias –como pone de relieve el juez de sentencia– solo hacen referencia a aspectos secundarios del hecho, observándose que lo expuesto por la niña en la entrevista preliminar y lo narrado en Cámara Gesell verifica coherencia y persistencia con relación a los aspectos nucleares de los sucesos objeto del proceso, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la sindicación de Mamani Calla como el autor de los mismos.

Aunque no integre un punto controvertido por la defensa, lo cierto es que la consistencia intrínseca del relato de la niña se comprueba claramente mediante el repaso íntegro de su declaración en Cámara Gesell, desde que se comparece con la prueba de cargo que lo corrobora. En ese terreno valorativo se incluyen no solamente por los informes y declaraciones de los profesionales del Cuerpo Médico Forense que asistieron a la víctima, quienes hablaron a favor de tener por cierto su relato (ver registros audiovisuales, audiencia 26/11/20, a partir de 00:02:44). También, y muy especialmente –como bien se apunta en la sentencia– por el testimonio de uno de los hermanos de la víctima –F.M.– que fue testigo directo y principal de alguna de las circunstancias contenidas en la acusación quien narró en debate que vio que su hermana le estaba practicando sexo oral a su padre. Elementos probatorios que, pese a su contundencia cargosa, han sido soslayados completamente por la defensa. Recordemos aquí que la víctima, al ser preguntada acerca de la posibilidad de que sus hermanos hubieran presenciado algunas de las agresiones sexuales cometidas por el acusado, contundentemente expresó que «[su] hermano me dijo que vio, pero me dijo que vio algo borroso y se volvió a dormir». Preciso que ese hermano era F.M. quien, al decir de la niña, «[e]scuchaba mucho grito, entonces se despertó y veía borroso y pensó que abusó de mí, entonces para no seguir con la pesadilla que él pensaba, se durmió y se tapó la cabeza» (ver audiencia de Cámara Gesell, a partir de min. 00:16:57).

Luego, durante el debate, el testigo aludido por la niña, F.M., ratificó esos aspectos señalados originariamente por su hermana, confirmando que visualizó que «[su] hermana se la estaba chupando a mi papá» (ver registros audiovisuales, audiencia 25/11/20, min. 00:21:48). La contundencia de esos elementos probatorios ha sido soslayada completamente por la defensa. De acuerdo con ello, la hipótesis de la defensa, según la cual la descripción de la niña no se sostiene de acuerdo a las características del lugar donde ocurrieron los hechos, es un planteo excesivamente abstracto que tampoco tiene asidero probatorio alguno. En tercer lugar, entiendo que también debe ser rechazado el tramo del recurso en el que la defensa se agravia por la valoración que efectúa el tribunal de la instancia anterior de la declaración del testigo Olmedo, así como de la incidencia desacreditante de lo informado por el Dr. Agasso y por la madre de la menor. Advertido que se trata de un cuestionamiento realizado ligeramente y que no se condice con las constancias obrantes en la causa. Al respecto cabe mencionar que el tribunal de la instancia anterior ha realizado una labor de ponderación de su testimonio ceñida a las reglas de la sana crítica racional, siendo sus dichos han sido situados dentro del contexto que les resulta propio. En efecto, el aspecto aludido por la defensa para sustentar su crítica, vinculado con la percepción personal del testigo sobre el comportamiento de la víctima, –como pone de relieve el juez de la instancia anterior– pierde sustento dentro de la lógica de interacción propia del ámbito educativo en el que mantuvo contacto con la niña. Por ello, tiene sentido considerar que si testigo sólo tenía contacto con la niña una vez por semana,

pudo no haber apreciado los cambios negativos señalados por la madre de aquélla, y luego destacados en su informe por el Dr. Agasso del E.De.A.A.S. (fs. 242/243).

En cuarto lugar, la defensa considera que el examen psíquico practicado al imputado a los términos del art. 97 del CPP. debió ser valorado como prueba en favor de su representado. Para ello, refiere que el informe elaborado es «tendencioso» porque los profesionales del Cuerpo Médico Forense descartaron en el acusado indicadores psicopáticos en la esfera sexual, aunque no que el hecho hubiera ocurrido. Considero que este cuestionamiento debe también ser descartado.

El repaso de las constancias de la causa revela que la crítica que efectúa la recurrente es una mera reiteración de lo que expuso en los alegatos de clausura (fs. 65), no habiendo refutado en esta instancia extraordinaria los sólidos argumentos en virtud de los cuales el juzgador en los fundamentos, rechazó el planteo. En particular, conviene destacar que acierta el juez cuando relaciona e interpreta armónicamente el contenido de ese informe con las explicaciones abordadas en debate por una de las profesionales que realizó el examen aludido –Lic. Pelaia– y, además, con el resto del material probatorio cargoso reunido en autos. (fs. 70 vta./71).

Con lo cual resulta evidente que la valoración del a quo de ese informe excede la consideración de provenir de un órgano oficial, pues se integra con el resto del plexo probatorio. En suma, las consideraciones vertidas me persuaden a concluir que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria – descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, con un análisis sin arbitrariedades y motivado de manera lógica, completa, clara y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la autoría del acusado. b.- Sobre la calificación legal seleccionada en la sentencia En este tramo del recurso defensivo, la defensa entiende que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva pues, a su entender, según la legislación vigente al momento en que se produjeron los hechos investigados, la fellatio in ore no constituía un acceso carnal sino un abuso sexual gravemente ultrajante, porque la boca no resultaba un conducto apto para generar un coito.

Del modo en que lo adelantara, entiendo que este agravio debe ser rechazado. En efecto, el acusado resultó condenado por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (en un número indeterminado de hechos), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (varios hechos en concurso real), por cuanto resultó acreditado que le realizaba tocamientos en partes íntimas a su hija menor de edad, al extremo de introducir sus dedos dentro de la vagina y, asimismo, que la obligaba a practicarle practicara sexo oral, introduciendo su pene en la boca de la víctima.

Estos hechos –como se analizó en el acápite precedente– encuentran apoyo suficiente en el plexo probatorio del que, el sentenciante, deriva la certeza para emitir el pronunciamiento condenatorio impugnado.

Al tiempo de fundar la calificación jurídica bajo la cual resultaron subsumidos típicamente los hechos objeto del proceso, el tribunal de la instancia anterior expuso los motivo por los cuales consideraba –en lo que aquí resulta pertinente para la solución del cuestionamiento defensivo– que la introducción del pene en la boca de la víctima, según la redacción de la ley 25.087 –vigente al tiempo de los hechos– constituía un caso de acceso carnal –art. 119 segundo párrafo del Código Penal–.

Comparto en ese sentido la interpretación que hizo el juez de mérito, la que coincide con la posición que vengo sosteniendo desde anteriores pronunciamientos al presente, en los que afirmé que la denominada

«fellatio in ore» reúne los requisitos típicos previstos normativamente en el tercer párrafo del art. 119 de la legislación de fondo (ver, entre otros, «Basualdo»).

En ese sentido, debo recordar que en tales oportunidades, apartándome de las posturas doctrinarias restringidas, que pregonaban que la felación no constituía un abuso sexual con acceso carnal sino gravemente ultrajante, consideré que esa solución no se ajustaba a las exigencias legales, en especial, luego de la reforma introducida por la ley 25.087 –normativa en cuyo amparo la defensa enarbola la interpretación jurídica que sustenta su pretensión–, donde establece que la conducta debe ser tipificada como «acceso carnal» cualquiera sea la vía en que se consuma, resultando comprensiva dicha fellatio in ore .

c.- Acerca de la inconstitucionalidad de la escala penal

Como corolario de su planteo, la defensa considera que la escala penal prevista en abstracto para el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando se le aplica alguna de las agravantes contempladas en el párrafo 4° del art. 119 del CP., resulta inconstitucional. Sin perjuicio que sobre este planteo ya me he expedido en sentido contrario al pretendido por la defensa (ver al respecto, «Centorbi Bajouth»), entiendo que el agravio propuesto, dado el sentido de la solución alcanzada respecto del encuadre jurídico de la conducta enrostrada al acusado, deviene en abstracto. Es que si bien la recurrente cuestiona la previsión legal de pena, ello lo hace en relación al tipo penal dentro del cual estima que debió ser condenado su representado, en el supuesto en que se consideraran debidamente acreditados los hechos y la responsabilidad del mismo.

Pero, en el caso, no solamente estos extremos de la imputación delictiva han quedado demostrados más allá de toda duda razonable, sino que también se ha confirmado la sentencia en orden al encuadre jurídico bajo el que se subsumió el hecho del proceso.

De manera tal que, habiéndose fijado correctamente la plataforma fáctica tenido por cierta en la sentencia, y ratificado el acierto del tribunal de juicio al calificar los hechos del modo en que lo hizo, descartándose que una porción de ellos puedan quedar incluidos dentro de la figura penal propuesta por la defensa –abuso sexual gravemente ultrajante–, el agravio no resulta procedente.

d.- Cuestionamientos sobre el monto de pena aplicado

En cuanto a la queja sobre la individualización judicial del monto de la pena aplicado al acusado, entiendo que la misma no puede ser atendida en esta instancia. Inversamente a lo que propone la defensa, considero que el sentenciante ha aplicado correctamente la normativa prevista en la legislación de fondo como parámetro a tener en cuenta a los fines de determinar judicialmente la pena, valorando diversas circunstancias, tanto del hecho criminoso en sí, como personales del acusado, asignándole a ellas el valor de ser agravante y atenuantes en la operación de mensuración de pena en la que no observo arbitrariedad ni falta de motivación alguna.

Por un lado, la decisión de apartarse del mínimo legal aplicable al caso –ocho años– ha sido precedida del correcto análisis de circunstancias que, de ningún modo, aparecen comprendidas dentro del tipo penal bajo el cual quedaron subsumidas las conductas delictivas reprochadas al acusado. Así, la edad de la víctima al momento de los hechos fue justipreciada para evaluar el grado de culpabilidad del acusado.

Así, expresamente el juez sostuvo que «[r]esulta más grave el abuso, y más reprochable, cuando ha ocurrido respecto de una menor de entre 8 y 9 años, que cuando ello actúa con víctimas más grandes de

edad, pues de trata del aprovechamiento de una situación de grave vulnerabilidad. Así, mientras menor es la edad de la víctima, más fácil es el abuso desde que menores posibilidades tiene de rechazarlo y, por eso mismo, más cuestionable a nivel de ilícito del autor» (ver fundamentos, fs. 82).

La misma solución se impone en la ponderación del juez de sentencia acerca de que la niña se encontraba bajo la custodia del acusado cuando perpetró los hechos y que cuestiona la defensa en razón de que esa circunstancia había sido analizada por el juez en su análisis sobre las circunstancias de realización de los acometimientos sexuales.

Aún cuando la defensa no lo exponga ni fundamente en estos términos, descarto que la operación de mensuración haya contrariado la prohibición de doble valoración al momento de la individualización judicial de la pena. Lo afirmado en el párrafo precedente surge de observar que, tanto la evaluación que hace el sentenciante acerca que la víctima se encontraba bajo la custodia del acusado al momento de los acometimientos sexuales, como de la cantidad de hechos y la edad de la misma, integran un razonamiento dirigido a examinar las circunstancias de realización de los hechos ventilados en la causa, y su respectiva incidencia en el grado de reprochabilidad de la conducta enrostrada (ver fundamentos, fs. 83).

Pues, en el mismo sentido en que lo indica el señor Procurador en su dictamen, aquellos aspectos tienden a explicar el modus operandi del justiciable para perpetrar los ataques contra la integridad sexual de su hija y la edad concreta de la víctima que merece ser tenida en cuenta atengo a la franja etaria que contempla el art. 119 del CP. (ver fs. 115).

Por otra parte, el incremento punitivo no se ha desentendido de los hechos que han resultado probados en la causa. De tal manera, que el acusado abusó sexualmente de la víctima en múltiples oportunidades, haciéndolo bajo circunstancias modales diferentes, es un aspecto que surge de la propia declaración de la menor en Cámara Gesell, cuando en reiterados pasajes de su declaración se refirió a ese aspecto, señalando la habitualidad de los mismos dentro del espacio temporal definido en la acusación. Finalmente, la sentencia también da cuenta que la falta de antecedentes de Mamani Calla fue apreciada por el tribunal para mensurar la pena aplicada.

En cuyo caso, la inexistencia de «[o]tros hechos reprochables jurídicopenalmente y [de] otra experiencia que le permitiera internalizar la desaprobación personal de un delito» (ver fundamentos, fs. 83). Atento lo expuesto, considero que la sanción aplicada por el juez de la instancia previa resulta razonable y ajustada a derecho.

e.- Conclusión

De acuerdo a lo analizado precedentemente, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 93/105 por la defensa del imputado Bernabé Beto Mamani Calla.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5 del CPP). Mendoza, 05 de noviembre del 2021.

38- REDONDO ALTUNA. 05-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=693>

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función 5° párrafo y 4° párrafo inc. b, 26 del CP. Art. 391, 475, 477 y concordantes del CPP. Arts. 8.2 y 25 de la C.A.D.H. Convención de Belém Do Pará. CADH. PIDCyP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Agravante por el vínculo. Condena de ejecución condicional. Tocamientos. Credibilidad del relato. Testimonio de un menor víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al acusado a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento condicional**, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (arts. 119 primer párrafo en función con el último párrafo inc. b del CP). Brindó a los hechos en el mismo marco fáctico acusatorio, una calificación legal diferente, estimando que el hecho probado se subsumía en los parámetros jurídicos del 1° párrafo del art. 119, en función con el 4° y 5° párrafo del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación. Sus agravios: 1- la sentencia **adolece de falta de motivación suficiente, arbitrariedad e incorrecta apreciación de la eficacia convictiva de la prueba.** 2- **Discrepa sobre la apreciación de testigos únicos en los delitos sexuales.**

El **querellante particular** interpone idéntico recurso extraordinario. Discrepa con la solución adoptada y la calificación otorgada. Entiende que su **legitimación** subjetiva resulta por aplicación de lo normado por los arts. 8.2 y 25 de la C.A.D.H.

El **Procurador General** entiende que ambos recursos deben ser rechazados: en referencia al recurso interpuesto por

- a- La querella. Es formalmente improcedente. (Art. 477 y concordantes del CPP)
- b- La defensa. Es formalmente procedente. Sustancialmente improcedente.

La **SCJM** resolvió:

- a.- Rechazar formalmente el recurso de casación interpuesto por el representante legal de la querella.
- b.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1009, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Macagno. 05-07-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1MzY=&ta bla=c2M=>
- Italiani

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3MDU=&tabla=c2M=>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDM0ODU=&tabla=c2M=>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 02-03-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzMzA=&tabla=c2M=>
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- G. Ayala. 17-05-21:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDMxMjI=&tabla=c2M=>

Doctrina citada.

SEGUÍ, Ernesto “Imputación, congruencia y nulidad” Ed. Nova Tesis. Año 2010. Pág. 57.

JAUCHEN, Eduardo, “El Juicio Oral en el Proceso Penal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 54/55.

Parágrafos destacados.

En ese orden, se advierte que, aún cuando el decisorio atacado por el acusador privado reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos por el art. 475 del CPP. –en tanto constituye una sentencia definitiva–, no se verifica en relación al recurrente legitimación subjetiva para impugnar ese pronunciamiento mediante la vía pretendida.

En virtud de ello, resulta claro que, habiéndose impuesto en el presente caso condena, ésta no es impugnabile en casación por el representante del querellante particular.

En ese sentido, el juez de la instancia previa ha analizado el comportamiento delictivo objeto del proceso bajo el prisma contextual que impone la temática delictiva abordada, en cuya virtud le asigna un lugar preponderante al testimonio de la víctima quien, a la fecha de los hechos, tenía tres años de edad.

Sin perjuicio de la remisión efectuada, considero oportuno traer aquí a consideración que, cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se consumen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, en los que, además, puede suceder que tampoco resulten evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético. A ello se suma que por las particulares circunstancias de estos hechos, en muchas ocasiones no existen pruebas directas del abuso denunciado. Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.

Por otro lado, cuando los niños, niñas o adolescentes son abusados sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, desde que existe una dependencia afectiva con el autor, lo que origina precisamente el acceso a las víctimas. Ello genera la imposibilidad de estas últimas de percibir los riesgos y/o de reaccionar ante el agente agresor, por la asimetría de edad y, además, por el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Llorente.

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05070900-5/1((018601-28237))

FC/ REDONDO ALTUNA MARTIN OSCCAR P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO (28237) P/ RECURSO EXT. DE CASACION *105237465*

En Mendoza, el día cinco del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05070900-5/1 caratulada “FC/ REDONDO ALTUNA MARTIN OSCCAR P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

Los defensores del acusado REDONDO ALTUNA MARTIN OSCAR (fs. 336/353) y el representante de la querrela particular (fs. 356/369 vta.), formulan recurso de casación contra la sentencia N° 1.009 (fs. 321 y vta.) y sus fundamentos (fs. 323/333), pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial –actuando en sala unipersonal–.

La sentencia en cuestión condenó al acusado a la pena de tres años de prisión de de cumplimiento condicional, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (arts. 119 primer párrafo en función con el último párrafo inc. b del CP), en el marco de los autos N° P-28.237/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

En lo que respecta a la resolución de los recursos planteados en autos, la sentencia del Tribunal Penal Colegiado tuvo por acreditado que en fecha 12 de marzo de 2016, entre las nueve horas y las quince horas aproximadamente, en el interior de la vivienda ubicada en calle N° de Luján de Cuyo, REDONDO ALTUNA MARTÍN OSCAR pasó su lengua por los glúteos de su hija P.C.R, de tres años de edad al momento del hecho (ver fundamentos, fs. 324).

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente **valoró la declaración de la niña en Cámara Gesell, cuya credibilidad respaldó a través de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios.** En particular, la pieza cuestionada ponderó las declaraciones testimoniales, rendidas durante el debate, de C. A. S. C. –madre de la niña–, M. J. C. –médica pediatra–, J. I. V. –psicóloga–, M. F.– profesional integrante del EPASSI– y S. M. G. –perito de parte–. Cuadro probatorio que se completa con la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso conforme el detalle obrante en el acta de debate.

2.- a- Recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado formula recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En lo que sigue, se reseñarán los agravios expresados por la defensa en el orden en que fueron expuestos en el libelo recursivo.

En una primera etapa del recurso, los recurrentes plantean que la sentencia **adolece de falta de motivación suficiente, arbitrariedad e incorrecta apreciación de la eficacia convictiva de la prueba**, por apartamiento de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Sostienen que su representado fue condenado por hechos que no fueron aquellos por los que resultó acusado, ni tampoco de los que se defendió durante el desarrollo del proceso ni en la audiencia del debate.

Anticipan que su posición se basa en una apreciación distinta de la que efectúa el tribunal de juicio en cuanto a los **testigos únicos** en los delitos sexuales.

Refieren que, en autos, ese testimonio único aparece formulado por una niña de muy corta edad, respaldado por conclusiones emitidas por un organismo oficial que, sin rigor científico, se contraponen con lo informado por la perito de parte.

Por lo tanto, según la tesis defensiva, todo el relato de la supuesta víctima no es otra cosa que afirmaciones producto de la mente infantil, surgidas de estímulos externos, que impide alcanzar el estándar probatorio de certeza que requiere el dictado de un pronunciamiento de condena.

Seguidamente, en una segunda etapa de su impugnación, la defensa del acusado profundiza los motivos de agravio, tratándolos en los siguientes tópicos.

En el punto que denominan «falta de análisis en el fallo recurrido, respecto de las especiales características de la elaboración del pensamiento infantil, que lo invalidan», la defensa sostiene que, para poder juzgar este tipo de casos, en los que están involucrados menores de edad, y sobre todo si son testigos únicos, debe necesariamente realizarse un análisis que contemple el modo de elaboración del pensamiento infantil.

Con cita en diferentes autores (Freud, Young, Claparede, Gorphe), señalan que el pensamiento infantil está identificado con los sueños, las quimeras, la imaginación artística, mística, mitología, los delirios, etc. Se trata de un **pensamiento «simbólico», «autístico» o «no dirigido»**, que es una manera económica y primitiva de pensar.

Así, se encuentra en el niño, hasta los siete u ocho años de edad, una falta de dirección espontánea, egocentrismo, con predominio de imágenes confusas o globales sobre los conceptos precisos.

Por lo tanto, siendo global **su percepción, la memoria es globalizante, y su razonamiento obedece al mismo mecanismo intermediario entre la generalización lógica y la fusión de imágenes.**

La defensa grafica este aspecto del siguiente modo: cuando el niño escucha o lee una frase, no analiza sus términos, aunque sí se forma del conjunto una idea global y confusa, fundida en una impresión.

Enlaza de este modo imágenes heterogéneas, realiza asociaciones insólitas y contradictorias, lo que determina que los niños no tengan la misma construcción de la verdad que los adultos.

Advierte que si bien el fallo apelado aplica estas consideraciones cuando descarta la ocurrencia material de varios de los hechos que fueron narrados por la niña, y que sustentaron la acusación del Ministerio Público Fiscal, se **desentiende de ese análisis científico al reconocerle credibilidad a su relato** con relación al único hecho por el cual resultó condenado el acusado, el que –según la tesis defensiva– resulta igualmente impreciso que aquéllos.

Seguidamente, en el capítulo al que titulan como «los considerandos generales del fallo **no tienen en cuenta las especiales características de la elaboración del pensamiento infantil, situación que lo invalida**», la defensa traslada algunas consideraciones generales sobre ciertos pasajes de los fundamentos del fallo, anticipando aquí puntos que desarrollan a continuación.

Finalmente, bajo el título «los considerandos especiales del fallo, que no tienen en cuenta las características de la elaboración del pensamiento infantil, situación que lo invalidan», los recurrentes desarrollan los puntos de su crítica.

Aquí analizan cada uno de los puntos de los fundamentos del fallo, y sostienen que el Tribunal ha validado **la credibilidad del relato de la niña** a partir de considerar el modo en que se produjo la develación de los hechos. Pero que, al hacerlo, ha omitido considerar que –sobre ese aspecto– existen contradicciones sustanciales.

Expresa que la denunciante dijo que fue su hija quien le contó lo ocurrido, aunque en Cámara Gesell la niña expresó que nunca se lo contó a nadie, y que su madre se enteró de lo ocurrido a través de su padre –el hoy acusado– (Cámara Gesell N° 1, min. 00:12:53 y min. 00:13:20; Cámara Gesell N° 2, min. 00:11:41).

Explica que, según la denunciante, el mismo día en que su hija le contó lo supuestamente ocurrido –15 de marzo de 2016–, decidió llevarla a la médica pediatra, Dra. C., siendo ésta la oportunidad en que la niña le relató a la profesional lo sucedido.

Aunque ello pierde crédito porque esta última dijo, durante la investigación penal preparatoria, que tomó conocimiento de los hechos a través de los dichos de la denunciante quien, además, únicamente le describió que su hija le había contado que jugaba con su papá desnudos. Aspectos que fueron ratificados por la **pediatra** durante el debate.

Con lo cual, razonan la defensa que existe una evidente contradicción respecto del modo en que el presente hecho salió a la luz.

Contrariamente a lo que considera el juez de la instancia anterior, ha sido la madre quien denunció hechos que su hija nunca le contó y que, además, son distintos de aquellos que ella misma le mencionó en primera instancia a la médica pediatra.

Sobre esto último sostienen que, luego de esa secuencia fáctica entre la develación y la consulta con la pediatra, la madre de la niña concurrió a la oficina fiscal a formular la pertinente denuncia. Observan que, al hacerlo, **cambió y agravó los hechos**, pues según surge del acta respectiva, le atribuyó al acusado el haberle «lamido la cola [a su hija], [...] metido el dedo en la chocha, [...] bajado el pantalón y que ella [por la víctima] le **había visto el pito**».

A su vez, precisan que la denuncia fue incoada después que la madre de la niña escuchara dos mensajes de audio enviados desde su propio teléfono por su hija hacia el acusado, en los que le manifestaba que quería vivir con él.

Por lo tanto, interpretan que la génesis de la denuncia demuestra desde el inicio un accionar intencionado de la denunciante contra el acusado.

Por su parte, la defensa señala que el juez de la instancia anterior ha otorgado credibilidad a los dichos de la niña en función de considerar, además, el contenido y la forma de su declaración. Sin embargo, en esa interpretación, **ha omitido considerar que no hay coincidencias entre lo que la madre denuncia, lo que ella le dice inicialmente a la pediatra, y lo que finalmente narra la niña en Cámara Gesell.**

Expresa que la presencia de los muñecos y el hecho de que la niña hablara en ese ámbito sin mediar preguntas, demuestran que ha **sido inducida a declarar** del modo en que lo hizo.

Sobre ello, expresan que la **perito de parte** que participó en las dos oportunidades en que se recibió declaración a la niña, Lic. S. M. G., señaló que nunca un niño cuenta algo de la nada, sino que lo hace luego de entrar en confianza y de ser preguntado, pero nunca de forma espontánea como en este caso.

Indica que la **niña contó un hecho claramente guionado**, y cuando lo debió sostener o justificar, comenzó a fabular; lo que revela la **presencia de un relato irreal.**

Aspecto que observan a partir de analizar que, luego de decir lo que supuestamente ocurrió, la niña no pudo precisar lugares. Carencia que se acompaña con una indicación imaginaria, al referir que los supuestos abusos se cometieron en el zoológico, en el baño de mujeres del shopping, mientras su padre estaba sentado en un sillón, en el cine, o en el cuarto de juegos de la casa del padre, mientras estaba en la cocina cocinando.

Afirma que, en este punto, los fundamentos del fallo revelan una evidente «autocontradicción» y una «incongruencia del proceso lógico de razonamiento interno pues «no se puede creer y descreer al mismo tiempo».

Interpretan que ese vicio en el razonamiento judicial se hace presente cuando arbitrariamente, por un lado, **se descarta la credibilidad de la niña respecto de los hechos ocurridos en el zoológico, en el cine y en el shopping, mientras que, por otro lado, se le reconoce verdad al describir los sucesos que, supuestamente, se produjeron en el cuarto de los juegos de la casa del acusado**, mientras éste se encontraba cocinando.

Además, la defensa considera que la sentencia viola el **principio de congruencia** cuando juzga acreditados tocamientos en zonas pudendas del sujeto pasivo, siendo que ese comportamiento no se le atribuyó al acusado.

Sobre esta cuestión, repasan que la acusación fiscal originaria atribuía al acusado, esto es haber salivado una de sus manos y deslizado su dedo índice por el ano y la vagina de su hija. Luego de su ampliación durante el debate, esa plataforma fáctica resultó modificada, enrostrándole ahora al acusado el haberle pasado la lengua por la vagina y el ano a la víctima. Finalmente, el fallo en crisis condena a R A por resultar autor de tocamiento sobre zonas pudendas del sujeto pasivo.

Critica que el tribunal dice que **no pudo demostrar la cantidad, la frecuencia ni la modalidad de comisión de los hechos**, pero funda luego la condena afirmando genéricamente que hubo una «transgresión a los límites de su cuerpo [de la víctima] con connotación sexual».

Cuestiona que el sentenciante sacara de contexto expresiones de la niña, como cuando mencionó que la vivencia con su padre había sido «fea», siendo que esa expresión estaba referida a la comida que este último le preparaba.

Señala que, si bien el juez reconoció que no había secretos entre la niña y el acusado, luego no valoró ese indicio a favor del acusado.

Observan que se trata de un aspecto relevante en los casos de abuso sexual en los que, por lo general, se pacta mantener en secreto lo que ocurre entre la víctima y el victimario.

Agrega que el comportamiento de la niña no cambió a su alrededor, salvo por los dichos de la denunciante. Manifiesta que en el lugar donde los cambios de comportamiento son más patentes en casos de abusos, como es la escuela, el informe remitido por el **establecimiento educativo** respectivo, adunado a la declaración testimonial de su directora, cuando dijo que las expresiones de la madre de la niña no se reflejaron en el colegio, demuestran que la niña no experimentó ninguna alteración en su conducta, en ese ámbito.

Sumado a que, por ello, no fue necesario disponer un abordaje psicológico o psicopedagógico.

Expresa que sus dichos tampoco han sido corroborados por los profesionales del **Centro de Salud**.

Al respecto, la defensa señala que la testigo A., trabajadora social, mencionó en su declaración que, al ser interrogada la niña acerca de si el padre le había hecho algo feo, en relación a los dichos de la denunciante que dijo que le había tocado la vagina, **contestó que no**.

La defensa añade que la declaración de la **psicóloga tratante de la niña**, Lic. V., **no puede valorarse como un elemento que excluya la teoría del caso que esa parte sostiene**.

Explica que la historia clínica de la niña demuestra que la referida profesional, contratada en forma particular por la denunciante, **la atendió esporádicamente**.

Además, que la niña nunca le dijo nada hasta que su madre indicó que aquella ya estaba contando lo ocurrido.

Ello determinó que, según la psicóloga, en una sesión, la niña dijera que el padre le había chupado la cola, situación que no le consta a la defensa, y que **no ocurrió de manera controlable procesalmente**.

La defensa considera también que el argumento al que recurre el sentenciante para descartar la inducción de la denunciante sobre la niña, al ponderar que actuó en defensa de su hija y la llevó a un médico, es erróneo.

Destacan que, aunque la madre no aceptó ninguna ayuda oficial, sí contrató a una psicóloga particular, dando inicio a un tratamiento terapéutico luego de transcurrir cinco meses de los hechos denunciados. Indican que la trabajadora social A., dijo que la denunciante comenzó a llevar a su hija al Centro de Salud el 31 de mayo de 2016, esto es, casi dos meses posteriores a los sucesos y que la intervención se extendió sólo hasta julio del mismo año.

Expresa que **no es acertado acudir a las determinaciones que hizo la psicóloga tratante**, Lic. V., sobre la confiabilidad del relato, **porque las características que asumió el abordaje terapéutico: escasas sesiones de terapia –seis durante un año–, mantenidas con frecuencia variable.**

Esos aspectos llaman la atención de la defensa, porque no se condicen con lo que impone la supuesta gravedad de los hechos denunciados. En ese contexto, indican como relevante que tampoco la madre concurrió siempre a las sesiones previstas, sin dar motivos de ello.

Entienden equivocado el razonamiento del juez según el cual el relato de la terapeuta, Lic. V., coincide en lo medular con lo que dijo la niña en Cámara Gesell, y con lo que oportunamente denunciara su madre, en cuanto los tocamientos del padre.

Señala que fue la decisión de descartar una porción del testimonio de la psicóloga lo que condujo al tribunal a no ponderar afirmaciones de la dicente. En particular, cuando señaló que la vivencia de una situación de abuso sexual infantil es necesariamente traumática, y, además, que una niña de tres años de edad no tiene recursos psíquicos para que una situación de abuso no la arrase.

Agrega que tampoco se pondera en la sentencia que la mencionada profesional le dijo a la madre que no era necesario que siguiera concurriendo a terapia porque no habían problemas psíquicos que precisen tratamiento. Aspecto que coincidiría con el informe de la Lic. G., que ratifica la inexistencia de indicadores de estrés postraumático.

La defensa destaca que la Lic. F., perito oficial, descartó que la niña fantaseara su relato a partir de considerar que desconocía el motivo por el cual concurría a Cámara Gesell, aunque ello era completamente falaz.

Señala que las constancias de fs. 54 y 70 comprueban que la niña sabía por qué asistía en ambas oportunidades. Agrega que tal esto es cierto que inmediatamente después que la niña ingresara a prestar declaración, sin siquiera ser interrogada por las licenciadas, agarró los dos muñecos que previamente traía y, sin mediar palabras, dijo «esto me hizo mi papá» –fs. 54–.

Cuestiona que el sentenciante no examinó adecuadamente que, además de fantasioso, el discurso de la niña se mostraba orquestado. Calidades reveladas por la Lic. G. en su testimonial en debate, al decir que **se verifica un «relato no real**, sino inducido porque cuando se le preguntaban detalles, perdía sentido, perdía la razón de la realidad».

Expresa que la denunciante reconoció que su hija cambió la historia en la primera Cámara Gesell, que «se desvió», «inventó» –anotaciones de la historia clínica, en su hoja N° 2–.

Reitera que el relato de la niña es incoherente y contradictorio, con pasajes que demuestran que la niña llena el vacío de contenido con fantasías que quitan de todo realismo a los hechos por ella relatados, por la imposibilidad física que los hechos sucedan del modo en que los describió en sus declaraciones.

Critica que el tribunal le restara credibilidad a su declaración respecto de la situación fantástica que mencionara **la niña ocurrida en el baño de mujeres del shopping –segunda declaración en Cámara Gesell–**. Aunque, de manera incoherente, considerara demostrado con certeza otra de las situaciones fantásticas por ella referidas, es decir, aquella que habría sucedido en el cuarto de los juguetes de la casa del acusado –primera declaración en Cámara Gesell–.

Si bien el juez remarca pasajes del relato de la Lic. F para confirmar la credibilidad del testimonio de la niña, referidos a su descripción sobre la dinámica de los hechos y sus sensaciones, lo cierto es que la confrontación de su testimonio con lo expresado por la niña, demuestra que ésta última nunca dijo que el padre se había bajado el pantalón, ni tampoco que visualizó su pene.

Controvierte, asimismo, que la Cámara Gesell demuestre en la niña retraimiento o inhibición, sino todo lo contrario, como lo advirtió en su informe la Lic. G..

Expresa que el juez de la instancia previa se basó en el informe de la Lic. F. **para sortear la falta de trastorno por estrés postraumático, cuando explicó que no necesariamente se presentaba en todos los casos**, que debía tenerse en cuenta la edad de la niña, que no hay relación de causa a efecto, y que las manifestaciones de la experiencia pueden acompañarla toda la vida, por lo que se verifica una etapa de latencia que puede desaparecer en la pubertad, dado el despertar sexual.

Sin embargo, la defensa entiende que los informes del EPAASI son puestos en crisis a través del informe elaborado por la Lic. G. –perito de parte– cuyas observaciones sobre aspectos trascendentes del caso, tal como la necesaria presencia de indicadores de estrés postraumático en víctimas de abuso sexual infantil, no han recibido ninguna contradicción técnica.

Razona la defensa del siguiente modo: la inexistencia de indicadores de **estrés postraumático en la niña es un aspecto que no se encuentra controvertido** en la causa, pues sobre ello ha existido coincidencia entre ambas peritos que intervinieron en Cámara Gesell. Si a ello se suma que tanto la Lic. G. y la Lic. V. concordaron en destacar la importancia de su presencia en situaciones de abuso sexual infantil, diferenciándose en este punto de las apreciaciones personales sin sustento científico de la Lic. F., ello pone en duda la existencia de los hechos traumáticos denunciados.

Considera no pueden analizarse los hechos sin considerar que a la fecha de la denuncia existían problemas familiares que pudiesen justificar una denuncia falsa o mal intencionada.

Agregan que se ha omitido valorar el examen realizado al acusado conforme el art. 97 del CPP, en cuanto allí se descartan factores psicológicos o psiquiátricos, y de indicadores de alteraciones en la esfera psicosexual.

En razón de lo expuesto, estima que el fallo presenta una incongruencia lógica derivada de su autocontradicción, pues mientras descarta varios hechos descriptos por la niña al considerar que no hay prueba que los compruebe, tiene por probado que uno de ellos ocurrió.

Finalmente, en el tramo dedicado a los agravios sustanciales, la defensa expresa que el error del tribunal se basa en no haber absuelto al acusado por aplicación del in dubio pro reo (art. 2 del CPP). Sin perjuicio de ello, y de manera subsidiaria, entiende que si se considerara que el abuso sexual investigado existió, la calificación otorgada por el tribunal de juicio es la correcta .

Formula reserva del caso federal.

2- b- Recurso de casación del representante de la querellante particular

Contra el acto procesal previamente individualizado, el representante de la querellante particular promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2 del CPP., por considerar que la resolución que cuestiona ha inobservado normas que el rito penal establece bajo pena de nulidad, afectando de ese modo la garantía constitucional que conforma el debido proceso legal (**art. 18 de la CN**).

En forma preliminar, el recurrente expone los motivos en los que sustenta su legitimación procesal para acudir a esta vía extraordinaria de revisión.

Por un lado, refiere que una interpretación correcta del fallo atacado revela que el tribunal de juicio decidió **absolver al acusado del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado, y condenarlo por el delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo.**

Por lo tanto, interpreta que la **decisión del juez de rechazar la calificación primigenia y/o aquella que resultó de la ampliación de la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal, ha importado –en realidad– absolver** al acusado de aquel delito por el que originalmente llegó a juicio. Ello autoriza al impugnante a recurrir el fallo emitido en autos, porque si bien se ha impuesto condena al acusado, ha existido una absolución parcial (arts. 152 y 477 del CPP).

Por otra parte, entiende que su **legitimación** también resulta por aplicación de lo normado en la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Considera que una interpretación sistemática de las normas supra nacionales señaladas (arts. 8.2 y 25 de la C.A.D.H.), junto con los términos de la propia sentencia recurrida, resulta que se legitima al querellante a recurrir toda sentencia que afecte sus derechos fundamentales ante un tribunal de alzada.

Seguidamente, desarrolla los puntos de agravio en los que sustenta su crítica.

En este plano, señala que la sentencia impugnada presenta una fundamentación aparente, además de errónea interpretación del plexo probatorio incorporado a la causa.

Todo lo cual convierte el fallo cuestionado en arbitrario e insanablemente nulo.

Expresa que el sentenciante valora caprichosamente la prueba incorporada a la causa, pues en ciertos casos la considera en su integridad, mientras que, en otros, lo hace de soslayo o simplemente la desecha.

Señala que si bien los testimonios de la Lic. F y de la Lic. V son destacados en la sentencia como factor esclarecedor de la verosimilitud de los dichos de la víctima, pero luego ignorados para esclarecer la verdad real de los hechos.

Indica que ese error del sentenciante se observa cuando valora la declaración de la Lic. V como creíble, pero omite considerar que se trata de la misma profesional a quien la propia menor le manifestó cuales había sido los actos de agresión sexual padecido a manos de su padre. Ámbito dentro del cual la niña le dijo «me lamía la cola y el chochito y me tocaba», señalándose la zona genital.

Advierte que las características de ese testimonio impiden su falta de valoración, pues constituye una prueba determinante sobre la gravedad de los hechos, cuya debida inclusión habría llevado al juez a conclusiones absolutamente distintas de las expresadas en los fundamentos de la sentencia impugnada, no sólo en cuanto a la plataforma fáctica tenida por acreditada sino, también, en orden a la calificación legal de los mismos y la imposición de pena.

Considera que ha quedado demostrado en la causa que el acusado le practicó a su hija, de tres años y nueve meses de edad, lo que se denomina como «cunnilingus». Por lo tanto, la conducta enrostrada debe ser tipificada como abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 párr. 2 del CP, según ley N° 25.087, vigente al momento de los hechos).

Asimismo, destaca el testimonio de la Lic. F cuando dijo que el principal indicador de abuso sexual infantil es el relato de la víctima, es decir, lo que el niño dice y las características senso-perceptivas que ese relato posee. Sobre este último aspecto destacó que, en Cámara Gesell, la niña le dijo que había tenido una «sensación dolorosa» en su cuerpo, además de haber percibido manifestaciones emocionales acorde con ello, tales como inhibición, retraimiento, malestar emocional en general. Esto demostraría que ha vivenciado la experiencia con su padre como algo negativo y que necesitó contárselo a su madre.

Dice que la apreciación integral del plexo probatorio impone apreciar el valor significativo de la declaración de la perito, por lo que dejarla de lado al tiempo de fundar cual va a ser la plataforma fáctica a seleccionar, y la figura delictiva que la contenga, sin expresar el motivo legal o fáctico que lleva al juzgador a semejante decisión, resulta de una arbitrariedad evidente, que nulifica la sentencia.

En función de ello, solicita se declare la nulidad de la sentencia por carecer de debida motivación.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3-Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que de los recursos se le confirió, el Titular del Ministerio Público Fiscal afirma que deben ser rechazados (fs. 416/419 vta.).

En cuanto al recurso de casación interpuesto por el querellante particular, advierte que el mismo no resulta formalmente procedente.

Explica que si bien esa parte expresa que pretende casar una sentencia parcialmente absolutoria, no es ello lo que surge del examen de la sentencia, en donde el juez falla y condena al acusado por un hecho que, conforme su interpretación, corresponde a una calificación legal distinta que la sostenida por el Ministerio Público Fiscal.

Respecto del libelo incoado por la defensa del acusado, considera que esa parte propone en esta instancia una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido analizado y se ha sustanciado en el debate.

Asegura que no sólo el hecho existió, sino que la menor lo relata en varias oportunidades, a su madre, a la psicóloga tratante y en Cámara Gesell. Hace mención a las dificultades que presenta este relato al ser expresado por una niña de tres años a cuatro años de edad, según las distintas épocas de los relatos, donde se desdibujan las circunstancias témporo-espaciales, propio de la mente infantil. No obstante, la parte nuclear de su declaración, referida a los hechos en sí mismos, describen situaciones sexuales que la niña no podría reproducir si no las ha vivido, tal como expresa el informe de la Lic. F.

Descarta todos los agravios defensivos por los que se pretende desvirtuar la declaración de la niña, al considerar que se trata los aspectos señalados por el recurrente enderezados en esa dirección no resultan dirimientes para la solución del caso, pues no invalidan la existencia de los hechos relatados por la menor.

Rechaza los argumentos en los que se basa la defensa para considerar que el testimonio de la niña fue inducido por su madre, destacando el acierto del tribunal al analizar este extremo.

Hace lo propio en cuanto a la alegada presencia necesaria de estrés postraumático en los casos de abuso sexual infantil, pues considera que ese aspecto ha sido debidamente abordado en la sentencia, donde se observan los motivos por los cuales el juez se decide por el informe pericial del EPASSI, en cuanto a lo peligroso de la estandarización de síntomas.

Interpreta que la crítica sobre la valoración de la defensa material del imputado decae luego de haberse demostrado que la denuncia no era una venganza, sino una acción de la madre en defensa de los derechos de su hija.

Finalmente, entiende que tampoco debe acogerse el vicio sustancial, pues el mismo depende directamente de la valoración de la prueba y la posibilidad de crear dudas sobre la existencia del hecho, las que han sido despejadas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones adelanto que, por un lado, corresponde rechazar formalmente el recurso de casación deducido a fs. 356/369 vta. por el **representante del querellante particular**. Por otro, considero que, aun siendo admisible desde lo formal, corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la **defensa del imputado M O R A** a fs. 336/353, conforme se analizará en el apartado 4.2.

4.1.- Teniendo en cuenta la solución que propicio, corresponde en este punto brindar las razones por las cuales considero que la impugnación deducida por el letrado patrocinante de la querella resulta formalmente inadmisibile.

En ese orden, se advierte que, aún cuando el decisorio atacado por el acusador privado reúne los recaudos de **impugnabilidad objetiva** exigidos por el art. 475 del CPP. –en tanto constituye una sentencia definitiva–, no se verifica en relación al recurrente legitimación subjetiva para impugnar ese pronunciamiento mediante la vía pretendida.

En efecto, la disposición aludida precedentemente establece que la recurribilidad de ese tipo de resoluciones se encuentra sujeta a «las limitaciones establecidas en los artículos siguientes». Y, específicamente, el art. **477 del CPP** regula la legitimación subjetiva del querellante particular en relación al recurso de casación, estableciendo que el acusador privado tan sólo podrá impugnar «las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior», es decir, «[l]as sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio» y «[l]as sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena».

En virtud de ello, resulta claro que, habiéndose impuesto en el presente caso condena, ésta **no es impugnabile en casación por el representante del querellante particular**.

Aspecto que, también, descarta el argumento de la querella de considerar que se trata de una absolución parcial. Pues ello, como bien lo afirma el señor Procurador en su dictamen, no es lo que surge del examen de la sentencia en crisis, donde el juez de mérito falló condenando al acusado por un hecho que, conforme su interpretación, **corresponde a una calificación legal distinta** que la sostenida por el representante fiscal interviniente.

Situación que impide considerar que la decisión judicial importe una absolución parcial por un hecho concreto.

En todo caso, lo que hay es una sentencia condenatoria, carácter que no lo pierde por la circunstancia señalada por la acusación privada.

En consecuencia, cabe referir que sólo en aquellos casos en que el querellante haya visto afectado su derecho al recurso y, en función de ello, se encuentre afectado su derecho a la tutela judicial efectiva podría sostenerse que la limitación del art. 477 del CPP no puede regir.

En otras palabras, sólo cabría la posibilidad de admitir –excepcionalmente– un recurso de casación contra una resolución que no se encuentre prevista en la norma aludida cuando surja de forma palmaria que la víctima –constituida debidamente como querellante particular– no ha podido, efectivamente, expresar su pretensión en el proceso, lo que no ha ocurrido en estos obrados por verificarse una activa participación del acusador privado, conforme surge de las constancias de la causa (ver al respecto fallo “**Silva Macagno**”).

En función de ello, corresponde **rechazar formalmente el recurso de casación** interpuesto en representación de la querellante particular –C A S–.

4.2.- Superada la instancia formal, corresponde ingresar al tratamiento del recurso de casación incoado por los letrados **defensores del acusado**.

4.2.1.- A los fines de esquematizar mi razonamiento, en función de los múltiples cuestionamientos desarrollados por el recurrente en su escrito recursivo, corresponde preliminarmente mencionar que la reseña de los agravios practicada demuestra que muchos de ellos superponen argumentos o dependen unos de otros, por lo cual serán tratados conjuntamente.

Lo antedicho resulta de observar que, si bien los tópicos sobre los que giran los cuestionamientos defensivos aparecen enderezados a impugnar la sentencia de condena por adolecer de defectos de fundamentación, errónea valoración probatoria e incorrecto análisis jurídico del caso, lo cierto es que la tesis defensiva encierra un único y principal propósito.

Esto es, intentar demostrar que el tribunal de la instancia anterior ha justipreciado equivocadamente el testimonio de la víctima de autos.

Por ello, observo que los agravios casatorios aparecen a confirmar la validez de aquella premisa que atraviesa toda la teoría del caso de la defensa.

Esto es, que la debida ponderación del material probatorio reunido en la causa demuestra que, inversamente a lo que considera la sentencia, el relato de la niña brindado bajo el procedimiento de Cámara Gesell no resulta creíble, sino que luce contradictorio, incoherente, **producto de la fabulación de una mente infantil** inducida y guionado por su madre –la denunciante–, quien persigue con ello el propósito de perjudicar al acusado atribuyéndole la comisión de una conducta delictiva inexistente.

Precisamente en ese terreno crítico se insertan todos los planteos defensivos sobre la labor judicial de valoración de la prueba testimonial, pericial e instrumental producida y debidamente incorporada a la causa –vicio formal–, a fin de señalar que el tribunal de juicio debió absolver al acusado por aplicación del principio de la duda (art. 2 del CPP) –vicio sustantivo–. Argumentos que, finalmente, sustentan la pretensión nulificante del fallo impugnado.

No obstante ello, conforme lo adelantara al comienzo del presente acápite, considero que el acto impugnado se encuentra satisfactoriamente fundado. El caudal probatorio reunido contra el imputado para concluir en un juicio de certeza positiva sobre la existencia material de los hechos objeto del proceso

y la autoría que le cupo al acusado en los mismos, resulta sólido y contundente para acreditar ambos extremos de la imputación delictiva.

Advierto que cada uno de los elementos probatorios objetivos y subjetivos que integraron el plexo valorado, han sido adecuadamente valorados por el tribunal de la instancia anterior, en un razonamiento en el que no se observan ninguno de los vicios o irregularidades que denuncia la defensa.

En ese sentido, el juez de la instancia previa ha analizado el comportamiento delictivo objeto del proceso bajo el prisma contextual que impone la temática delictiva abordada, en cuya virtud le asigna un lugar preponderante al testimonio de la víctima quien, a la fecha de los hechos, tenía tres años de edad.

4.2.2.- Sentado cuanto precede, antes de ingresar en el examen de los concretos motivos de agravios expuestos por la defensa en su recurso, estimo importante explicitar la perspectiva de análisis que guiará la solución del caso que propicio.

En esa tónica, debo advertir que nos encontramos ante un tipo de delito que presenta especiales características que impactan, de modo directo, sobre el modo en que los mismos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

Este anteriores pronunciamientos me he referido extensamente a las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de las causas en que se juzga –como en autos– delitos sexuales cometidos en el **ámbito intrafamiliar perpetrados** contra una víctima mujer que, al tiempo de los hechos, también resulta menor de edad («**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**G. Ayala**» entre muchos otros), a los que me remito en lo pertinente.

Sin perjuicio de la remisión efectuada, considero oportuno traer aquí a consideración que, cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se consumen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, en los que, además, puede suceder que tampoco resulten evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético.

A ello se suma que por las particulares circunstancias de estos hechos, en muchas ocasiones no existen pruebas directas del abuso denunciado. Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.

Estos elementos son especialmente relevantes en todos los casos de delitos contra la integridad sexual, pero asumen una singular particularidad cuando se trata de ilícitos infligidos contra menores de edad.

Esto por cuanto suponen un contexto de fuerte desigualdad o asimetría de poder que puede derivar de la diferencia de edad, roles, fuerza física y/o de la capacidad de manipulación psicológica del autor de modo que el niño, niña o adolescente (NNA) son colocados en una situación de vulnerabilidad y dependencia.

Para ello, el autor puede basarse en el empleo de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras, que, en todo caso, provocan una vulneración grave de sus derechos.

Por otro lado, cuando los niños, niñas o adolescentes son abusados sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, desde que existe una dependencia afectiva con el autor, lo que origina precisamente el acceso a las víctimas.

Ello genera la imposibilidad de estas últimas de percibir los riesgos y/o de reaccionar ante el agente agresor, por la asimetría de edad y, además, por el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.

En estos casos, cuando el autor del ataque sexual forma parte del círculo de personas que tienen respecto de la víctima una ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Pues, a lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Teniendo en cuenta lo anterior, el testimonio de niños, niñas y adolescentes suele ser la pieza clave en todo el proceso de intervención: para la detección y revelación, también respecto de la valoración diagnóstica de la gravedad o entidad de la propia violencia sexual y a fin de orientar la recuperación, además de constituirse en principal prueba de cargo en el proceso penal.

Finalmente, cuando la víctima del delito sexual es una niña, resulta deber de los tribunales de justicia en general, y penales en particular, adoptar en sus decisiones la debida perspectiva de género al tiempo ponderar las pruebas que se encuentran a su alcance en el marco de un proceso judicial.

Esto, particularmente porque se encuentran frente a una doble situación de vulnerabilidad de la víctima que debe ser especialmente valorada. Ello resulta derivación de los compromisos asumidos por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632), instrumento que fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), cuyas directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su «integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial» (art. 3 inc. c).

Conforme lo expuesto, estimo que en casos como el aquí analizado, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, deben considerarse las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo al contexto particularmente dificultoso que presentan probatoriamente los delitos sexuales (ver al respecto, las consideraciones realizadas en mi voto en el precedente "Zurita"). Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no irrumpa por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

4.2.3.- Como a continuación se explicará el tribunal de la instancia anterior interpretó en forma satisfactoria los **criterios probatorios delineados precedentemente**. Ello pues, para acreditar los hechos constitutivos de la agresión sexual sufrida por la víctima de autos, ponderó todos los elementos de juicio

incorporados legítimamente al debate, haciéndolo bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Así, el sentenciante meritó adecuadamente la declaración de la niña víctima de autos, cuya fiabilidad interna y corroboración periférica externa la han erigido –con razón– como pivote fundamental de la prueba para acreditar la materialidad del ilícito en cuestión y la participación punible del acusado en el mismo, en su calidad de autor. En mi criterio, el desarrollo argumental contenido en los fundamentos del fallo me persuaden para ratificar el acierto del sentenciante cuando afirma que «[l]os **dichos de la víctima reúnen características tales que les otorgan plena credibilidad**» (ver fundamentos, fs. 325 vta.).

Considero que esa decisión no resulta antojadiza, arbitraria ni mucho menos infundada o apartada de las constancias probatorias de la causa como lo postula la defensa. Sino que es producto de una valoración desarrollada por el juez de la instancia previa en la que, la validación de la credibilidad aquí censurada, ha resultado el producto de un razonamiento que se muestra respetuoso de las **reglas de la sana crítica racional y armónico con los criterios valorativos que la temática abordada en la sentencia –abuso sexual infantil intrafamiliar–** impone adoptar.

Con suficientes razones dice el tribunal que el testimonio de la **niña víctima de autos**, quien declarara bajo los preceptos establecidos en el art. 240 bis, ss y cc del CPP –Cámara Gesell–, resulta **consistente, coherente y creíble**.

Sus dichos son avalados no solamente por las manifestaciones realizadas por su madre a lo largo de la tramitación del proceso sino, además, por las resultas provenientes de otros elementos probatorios que externamente lo convalidan, tales como: los testimonios que se recibieron en las audiencias de debate; las apreciaciones de las profesionales que, en sus respectivos roles, interactuaron con la menor luego de ocurridos los hechos investigados (terapeuta de la menor, psicóloga que intervino como perito oficial), las actas e informes que se labraron y, finalmente, los restantes elementos probatorios que el tribunal consideró –justificadamente– que eran contestes con sus dichos.

Todos estos elementos, además, fueron valorados por el tribunal al descartar –adecuadamente– la teoría del caso de la defensa, sustentada principalmente en los contrapuntos surgidos a partir del informe elaborado por la perito de parte sobre la credibilidad e influencia externa sobre la menor, y en la versión de descargo dada por el acusado, quien negó la existencia de los hechos.

Entiendo que lo antedicho sella la suerte adversa de los agravios

casatorios enderezados a controvertir el peso convictivo cargoso que la sentencia le reconoce al testimonio de la víctima, mediante la alegación de falta de consideración de inconsistencias y contradicciones en su relato. En particular, sobre el contenido y la forma de sus dichos, y en cuanto al modo en que se habría producido la develación del hecho.

Debo decir al respecto que, en mi opinión, no les asiste razón a los recurrentes en su pretensión. Ello por dos motivos principales, a saber: por un lado, porque los aspectos cuestionados han sido debida y prolijamente abordados en la sentencia, en una labor de ponderación en la que no se hallan lagunas argumentativas, contradicciones ni omisiones como las que aducidas en el escrito casatorio (ver fundamentos, fs. 325 vta./327).

Por otro lado, desde que la defensa no se hace cargo de señalar cuál sería el efecto decisivo que provocaría sobre el sentido de la decisión final, la inclusión de aquella información supuestamente omitida en el razonamiento judicial, proveniente de discordancias entre el relato de la niña con otros elementos de prueba. Veamos.

a.- Acerca del contenido interno de la versión dada por la menor, el juez valoró que sus dichos -cuando declaró bajo el procedimiento de Cámara Gesell- resultaban coincidentes en lo nuclear con lo narrado por su madre al momento de formular la denuncia.

Esto es, acerca de la existencia de tocamientos inverecundos de parte del acusado en contra de la víctima (fs. 325 vta.). Comparto esa interpretación, pues los argumentos dados al efecto encuentran suficiente sustento en las constancias comprobadas de la causa.

En efecto, durante su primera declaración, la niña dijo que «[...] mi papá me lamió la cola [...] me sacó la bombacha y el pantalón [...] estaba acostada para abajo [...] me dolió» (fs. 54).

Declaración que se observa coincidente con sus dichos efectuados la segunda vez que prestó testimonio, cuando reiteradamente insistió en decir que «mi papá me chupó la cola», y que lo había hecho «con la lengua».

Coincidencia sustancial a la que se aduna, según surge del acta en la que obra el desgrabado de esta última entrevista, un correlato corporal con la descripción de los hechos. Obsérvese que las profesionales que participaron de la entrevista dejaron constancia de los gestos corpóreos efectuados por la dicente durante su declaración, en el sentido que «[...] hace movimientos con su lengua», conjuntamente con «ademanos (gesticula) con una muñeca y un cocodrilo de juguete que tiene en sus manos» (fs. 71).

Estos aspectos que revelan que la niña -de tres años de edad-, dentro de ese espacio de diálogo con las entrevistadoras, que contó con la participación de un perito de control propuesto por la defensa -Lic. S. M. G.-, describió la agresión sexual de la que resultó víctima, y sindicó de manera indudable como autor de ello a su padre. Cualidades que, según lo destacado precedentemente, se observan latentes y manifiestas desde la primera Cámara Gesell.

Ahora bien, observo que esa misma descripción de los sucesos también se comprueba en las manifestaciones realizadas por la madre de la víctima al momento de realizar la denuncia de los hechos. En esa oportunidad, señaló, entre otras cuestiones, que su hija le contó que «[...] su papá le había lamido la cola y que le había dolido [...]» (fs. 1). Dichos que fueron ratificados por la denunciante durante el debate (ver registros audiovisuales, audiencia 28/10/2019, a partir del min. 00:09:40).

Para corroborar esa correspondencia, el juez también valoró el testimonio recogido de parte de la terapeuta particular de la víctima -Lic. V-, cuyo testimonio se revela importante desde que, durante un lapso aproximado de un año, con una frecuencia variable, hizo el abordaje terapéutico de la niña.

Sobre el punto bajo análisis, conforme surge de la lectura que realizara la propia testigo de la historia clínica que confeccionó durante el tratamiento realizado -incorporada como prueba instrumental al debate (ver fs. 324)-, durante el mes de marzo del año 2017, más precisamente el día 10 del referido mes, la niña le confesó «mi papá me lamía la cola, el chochito y me tocaba» (01:28:12).

De este modo, entonces, decae el argumento defensivo mediante el cual se alegan contradicciones internas y externas en la descripción de los hechos. Pues, como bien lo destaca el sentenciante, y ha

quedado aquí demostrado, el núcleo del relato de la niña denota persistencia y coherencia en la reseña de la agresión sexual, aspecto central de su declaración.

A las limitaciones esperables de acuerdo al desarrollo intelectual acorde a la edad de la niña –aspecto valorado por el sentenciante–, se adiciona que el recuerdo de aquello vivido ciertamente se resiente cuando se reproduce sucesivamente en diversas oportunidades y contextos.

Es lógico que si el recuerdo en declarantes mayores de edad se resienta cuando se reproduce sucesivamente en diversos contextos (el recuerdo tiende a perder precisión y se reelabora modulado – incluso– por las reacciones emocionales de los demás), más esperable resulta esa consecuencia en niños, niñas o adolescentes.

Por ello, si lo esencial del relato de los hechos luce consistente, coherente y persistente, las contradicciones sobre aspectos contingentes no erosionan por sí mismas el valor de credibilidad que resulta de la valoración integral y contextualizada de sus dichos.

Más aún cuando, como sucede en el caso de autos, la niña víctima ha sido sometida a dos entrevistas distintas en Cámara Gesell, separadas entre sí por un intervalo de tiempo –tres meses aproximadamente entre la primera y la segunda entrevista–.

De acuerdo con ello, es posible que cada vez que la víctima menor de edad narra los hechos, lo haga con expresiones que pueden aparecer en algunos detalles disonantes con su anterior reconstrucción de los mismos hechos. Este aspecto resulta patente en autos luego de confrontar el contenido de sus deposiciones, pues es evidente que fue en la segunda oportunidad la niña añadió a su descripción previa de los hechos, aspectos circunstanciales de tiempo, lugar y modo al sustrato fáctico que describió con anterioridad.

Entiendo que esa valoración del testimonio prestado por menores de edad en el marco de un proceso judicial, autoriza a descartar la supuesta contradicción se le endilga al fallo impugnado. Por lo tanto, en función de lo expuesto, y tal como lo consideró el juez de la instancia previa, considero que nos encontramos frente un relato real, que no es producto de la fabulación, la invención o la ficción.

b.- La conclusión anterior no se ve conmovida por la afirmación que hace la defensa cuando pondera, como indicio de inducción externa, las expresiones espontáneas de la víctima para describir el hecho sufrido.

Entiendo que el abordaje realizado por las profesionales intervinientes durante las dos entrevistas mediante las que se obtuvo el testimonio sobre el abuso, se muestra respetuosa de las técnicas de análisis del testimonio.

Pues, en ambas oportunidades, la recepción de la declaración de la niña atravesó dos fases consecutivas: una primera etapa, constituida por un formato narrativo, y la segunda, por un formato interrogativo.

Vale la pena señalar aquí, aún sucintamente, que el formato narrativo consiste en dejar hablar al sujeto libremente, con lo que si bien se puede llegar a obtener menos cantidad de información, ésta resulta potencialmente de mayor exactitud, ya que al ser información espontánea no cabe la posibilidad de que la información que proporciona el sujeto esté mediatizada por la formulación de las preguntas.

Surge beneficioso que el entrevistador aliente al niño a suministrar datos en sus propias palabras y en su exacta medida y tiempo a través de la narración libre del relato de un evento importante.

Por lo tanto, aquel tiene la función de facilitar y activar la palabra del niño sea a través del uso del lenguaje verbal, corporal o gestual, hora de juego diagnóstica, participación de muñecos, dibujos o cualquier otra técnica que considere apropiada al fin que se persigue.

Por esta razón, la presencia de un relato libre, seguido de preguntas aclaratorias de forma no sugestiva, no es indicativo per se de inducción como lo refieren los casacionistas.

Por su parte, el formato interrogativo consiste en la obtención de información mediante una serie de preguntas que se formulan al sujeto.

Aquí, mediante la entrevista de elaboración narrativa, se debe propender a la obtención de una información más exhaustiva y exacta mediante una ampliación de la memoria a través de preguntas de seguimiento centradas en la aclaración y no en la constatación de las hipótesis del entrevistador.

Por lo cual, esta modalidad, comparativamente, puede proporcionar más información pero ésta puede ser menos ajustada a la realidad debido al efecto potencial que las preguntas puedan tener sobre las respuestas del sujeto, por lo que se deben extremar las precauciones para evitar la inducción de información por parte de los entrevistadores.

El repaso del desgrabado de las entrevistas, impide considerar que lo dicho espontáneamente por la niña, específicamente durante la segunda entrevista de Cámara Gesell, demuestre el efecto de la influencia externa.

Aun cuando la perito de parte –Lic. G.– en su informe haya mencionado ciertos reparo sobre esta cuestión, al decir que le resultaba «extraño» que la niña haya abordado el relato de los presuntos abusos en el inicio de la exploración (fs. 92 vta.), debe señalarse que, más allá de lo analizado precedentemente, no resulta posible estandarizar el procesamiento de la información ni el modo de exteriorización asumible por los menores en todos los casos de abuso sexual infantil intrafamiliar –asunto sobre el que se volverá al tratar otros puntos de agravio–, para desde allí asumir posiciones interpretativas tan tajantes como lo hace la perito.

En el mismo sentido debe rechazarse que la utilización muñecos durante la entrevista, en este caso, de una muñeca y de un cocodrilo de juguete, indique la existencia de un influjo externo. Esta afirmación de la defensa aparece desprovista de sustento.

En este sentido resulta relevante el informe del Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infanto-Juvenil, da cuenta que la menor «se expresa de manera gestual y por intermedio de juguetes que se incorporan a la entrevista de manera totalmente imprevista por las entrevistadores (dichos juguetes pertenecerían al jardín que funciona en el edificio y en donde [la niña] habría permanecido de manera previa a dar comienzo a la segunda Cámara Gesell» (fs. 163 vta.).

Ese aspecto fue valorado por el tribunal cuando, en su análisis sobre el contenido de la declaración de la menor, señaló que en momento de relatar lo sucedido la niña «[...] llevaba consigo dos muñecos: una Barbie y un cocodrilo. Cuando dijo que el imputado le había “chupado la cola” mostró, o representó valiéndose de los mismos, como lo hacía su padre con ella. A esos efectos, colocó la “Barbie” “boca abajo” y el cocodrilo arriba de ésta, metiendo la cabeza del mismo en los glúteos de la muñeca» (fs. 325 vta.).

c.- Por otra parte, no puede prosperar el agravio defensivo a través del cual se señalan contradicciones en el modo en que tuvo lugar la develación de los hechos por parte de la niña a su madre, y la supuesta incidencia sobre la credibilidad de la menor.

El examen de las constancias de la causa demuestra el acierto del sentenciante cuando considera que los hechos salieron a la luz luego que la víctima le contó a su madre lo vivido con su padre en el domicilio de este último por dos motivos. Primero, porque no existen elementos que demuestren asertivamente lo contrario. Segundo, dado que una interpretación diversa como la que plantea la defensa, en la que la madre denuncia hechos que su hija nunca le contó, no se sostiene desde la lógica ni desde el sentido común.

Por lo cual, estimo plausible y razonable la interpretación que hace al respecto el sentenciante, cuando considera que ese comportamiento asumido por la denunciante no se compadece con quien planifica artificiosa y ficticiamente una maniobra para perjudicar al acusado (ver fundamentos, fs. 326 vta.).

Porque si la niña no le contó nada a su madre como lo sostiene la defensa, y lo narrado por ella en las distintas oportunidades en que lo hizo a lo largo del proceso sólo obedece a la inducción de parte de su madre, resultaría más acorde a la lógica y al sentido común que ésta hubiera concurrido directamente a la autoridad policial a fin de radicar la denuncia, y no ante una profesional –como lo hizo–.

Considero acertado el razonamiento del sentenciante, pues la dinámica de los acontecimientos que se sucedieron luego de la develación –concurrir inmediatamente ambas a una psicóloga particular–, descarta que lo denunciado se trate de una «confabulación» de la denunciante en el ánimo de perjudicar al acusado –principal premisa en que se sustenta la teoría del caso de la defensa–.

A ello debe agregarse que la Lic. F, profesional del EPAASI, que intervino en la realización de la Cámara Gesell, elaboró los informes obrantes en autos (fs. 35/36, y fs. 163 y vta.) y declaró durante el debate. Al hacerlo, y entre otras cuestiones, descartó la presencia de elementos que indicaran que el relato de la menor podía ser considerado como una «invención» de su parte.

Para ello, sostuvo que «[u]n niño de cuatro años que no tiene conocimiento de lo que es la vida sexual adulta, no puede inventar aspectos que son propios de esto. Si no ha vivenciado, si no ha visto, no puede fantasear sobre algo que no conoce. En cuanto a la fantasía, el niño de esta edad no tiene los recursos intelectuales ni cognoscitivos como para poder inventar algo propio de la vida sexual adulta» (ver registro audiovisual, audiencia 30/10/19, min. 00:06:40/00:07:08).

Además, expuso los motivos por los cuales entendía que debía descartarse que el testimonio de la víctima haya resultado influido externamente. Para lo cual, repasó que la niña no conocía los motivos por los cuales acudía a las entrevistas, y, además, que «[l]as características del relato de la niña son particulares de un relato de una nena de cuatro años, es decir, no tiene un relato adulto, no utiliza palabras que no corresponden a su edad cronológica. Se expresa de manera verbal acorde a su edad. A la vez, estas manifestaciones verbales van acompañadas de gestos que ella va realizando, y que refuerzan lo que va verbalizando» (min.00:07:57/00:09:07).

Dada la contundencia que resulta del análisis efectuado, la relación temporal entre la denuncia y los mensajes de audio aludidos por el acusado en su declaración informativa –fs. 30–, como dato que permita comprobar que lo declarado por la niña sea sólo el producto de una creación artificiosa promovida por los deseos vindicativos de la denunciante en contra del acusado, movida por el contenido de aquellas

comunicaciones, sólo encuentra sentido en la lógica que sustenta la teoría del caso de la defensa. Es decir, considerar que todo se trata de una creación artificiosa promovida por los deseos vindicativos de la denunciante en contra de acusado. Versión que ha sido sólidamente descartada en la sentencia.

d.- También se agravia la defensa cuando señala que la menor miente, porque si el hecho hubiera existido, se habrían constatado inexorablemente la presencia de indicadores de estrés postraumático, así como también, consecuencias en el ámbito escolar. Extremos que niega a partir de lo informado por la perito de parte –Lic. G.– y por el informe suscripto por la directora del establecimiento educativo de fs. 94.

Entiendo que la defensa no logra desvirtuar los claros razonamientos efectuados por el juez de la instancia previa al respecto. Sólo se limitan a reiterar las quejas expuestas en el plenario, las que han recibido respuesta expresa y concreta por parte del tribunal de la instancia anterior. En otras palabras, la defensa no efectúa una valoración crítica, ni brindan nuevos fundamentos para rebatir, contrarrestar o refutar los argumentos brindados por en la resolución en crisis en este segmento del análisis probatorio.

Por un lado, debo decir que comparto con el sentenciante que «[n]o se puede estandarizar un comportamiento a punto tal de considerar que siempre, invariablemente, dado un abuso sexual se dé en todos los casos una consecuencia a nivel psicológico [...] no puede sostenerse como una verdad apodíctica o necesaria que si se produce un abuso sexual debe presentarse necesariamente estrés postraumático» (ver fundamentos, fs. 328 vta.).

Es evidente que el abuso sexual infantil es una experiencia traumática para los menores, que provoca un efecto negativo sobre el desarrollo infantil. Pero lo que no puede sostenerse que exista siempre y necesariamente consecuencias de estrés postraumático específico ligado al abuso, pues no todos los niños, niñas o adolescentes víctima de tales comportamientos delictivos reaccionan de la misma manera ante esas experiencias, desde que no existe homogeneidad comprobada en el impacto que provoca en ellos, consideradas las múltiples e inabarcables circunstancias en que se producen. Si bien podemos decir que son frecuentes ciertas consecuencias en estos casos, ello no excluye indefectiblemente la posibilidad que la agresión sexual haya ocurrido.

Por otra parte, también advierto que el juez no se ha desatendido de abordar esa cuestión desde la perspectiva valorativa del plexo probatorio.

Por el contrario, y tras advertir la presencia de informes contrapuestos sobre el punto en cuestión, brindó adecuadamente los motivos que lo condujeron a destacar la eficacia probatoria del informe realizado por el Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infante-Juvenil (EPAASI) de fs. 163 y vta., así como las explicaciones expuestas durante el debate por quien lo confeccionó –Lic. M.a F–.

Ello por sobre aquel de igual tenor elaborado por la perito de parte –Lic. G.– de fs. 92/93, y sus dichos en el plenario. Piezas que fueron debidamente incorporados a la causa como prueba instrumental (ver acta de realización de audiencia preliminar, fs. 293/294).

Adecuadamente repasa la sentencia que, durante el debate, la Lic. F dijo que el relato de la niña era confiable porque estaba acompañado «con expresiones gestuales. Su relato contiene aspecto sensorceptivos [...] en algunas ocasiones aportaba elementos de manera espontánea, también de manera indirecta» (ver registro audiovisual, audiencia 30/10/19, a partir del min. 00:06:04).

En línea con lo expuesto, más adelante en su declaración, agregó que pudo comprobar la existencia de «[m]anifestaciones emocionales que se observan en Cámara Gesell, hay inhibición, hay retraimiento [...]. Hay malestar emocional [...]. En una de las cámaras la niña menciona haberse sentido triste al momento de la experiencia, es decir, que esto ella lo ha vivenciado como algo negativo, y requiriendo la necesidad de contar con la presencia de su mamá» (min. 00:29:34/00:31:00).

Repárese que lo declarado es conteste con el informe elaborado oportunamente por la mencionada profesional, donde se refiere que «[e]n la primera entrevista en Cámara Gesell, la niña concurre presentando alteraciones en su estado de salud física, según e observa en su comportamiento, como así también, lo manifestado verbalmente [...] en distintos momentos de la entrevista [...]. Asimismo, en ambas entrevistas se observa [...] inhibición, introversión, malestar psianímico [...].

Se observa coherencia en el relato que brinda con un elevado costo emocional, mediante el cual da cuenta de una experiencia de transgresión a los límites de su cuerpo, vivenciada con la incomodidad suficiente para perseverar en el tiempo, a pesar de su corta edad [...] refiere haber experimentado, al momento de la experiencia de transgresión, sentimientos de tristeza y necesidad de contención materna. Asimismo dicho relato se acompaña de expresiones gestuales que resultan acordes con sus dichos [...]» (fs. 163 y vta.).

En cuanto a la presencia de indicadores de trastorno por estrés postraumático, explicó la psicóloga tanto el concepto, como la sintomatología que, con cita del Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales (DSM-5) –publicado por la American Psychiatric Association (Asociación Estadounidense de Psiquiatría)–, debían verificarse para diagnosticar concretamente ese cuadro. Acto seguido, interrogada por el representante fiscal interviniente, negó que la ocurrencia de un abuso sexual como el aquí investigado deba necesariamente provocar en el sujeto pasivo un cuadro de estrés postraumático.

Al respecto, advirtió que si bien «[p]ueden darse alguno de esos síntomas, tales como evitación de estímulos asociados al evento traumático, angustia, ansiedad, malestar interno, pero no necesariamente configurar un cuadro.

Y más si la niña esto no lo ha significado como violencia sexual, y si esto ha sido presentado al comienzo como un juego», que aunque no se haya constituido un cuadro de estrés postraumático, ello «[n]o implica que no haya daño psíquico, y que no hayan secuelas psíquicas. Esto se debe evaluar a lo largo del tiempo [...] el psiquismo humano no funciona al modo de causa-efecto» (00:33:14/00:35:07).

De este modo, entonces, no resultan procedentes las inferencias desincriminante que efectúa la defensa a partir de sus cuestionamientos sobre la valoración del testimonio de la psicóloga en cuestión, ni mucho menos de la falta de rigor científico en sus explicaciones.

La misma reflexión se impone cuando la defensa introduce, en la misma dirección, lo informado por las autoridades del establecimiento educativo.

Entiendo que la circunstancia que la menor no haya presentado cambios de conducta o comportamientos que ameriten una intervención psicológica dentro de ese ámbito socioeducativo (según informe de fs. 94), no alcanza para desvirtuar los testimonios de la madre y de la psicóloga particular de la víctima.

Se trata de una interpretación meramente conjetural que, además, no luce incompatible con la existencia de los hechos investigados, ni con el modo de procesar eventos traumáticos demostrado por la niña.

Ese último aspecto surge de la testimonial en debate de la directora del colegio, quien señaló que la menor tampoco había presentado alguna manifestación trascendente cuando, meses antes, se produjo la separación de sus padres (ver registro audiovisual, audiencia 28/10/19, min. 02:08:13).

Los mismos argumentos sugieren rechazar el agravio defensivo donde se cuestiona que el juez omitió valorar, como indicio desincriminante, la falta de secretos entre la niña y el acusado. Entiendo que ello no resulta relevante como dato empírico, para socavar la contundencia del material probatorio cargoso reunido en autos para acreditar ambos extremos de la imputación delictiva, especialmente el valor del informe de la Lic. F los términos que han sido analizados.

Si la relación entre padre e hija no se caracterizaba por la existencia de secretos, esto no luce incompatible con la comisión del hecho investigado.

e.- De tal modo, considero que la decisión del tribunal de juicio de hallar en el testimonio de la víctima – menor de tres años de edad a la fecha de los hechos–, junto con los demás elementos de prueba que corroboraron periféricamente su credibilidad, una base probatoria suficiente para alcanzar el grado de certeza requerido para tener por acreditados los hechos y la autoría que le cupo en ellos al acusado, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

4.2.4.- Superados de manera satisfactoria los cuestionamientos defensivos sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de juicio, resta aquí analizar el resto de los agravios casatorios.

En primer lugar, los recurrentes sostienen que el acusado resultó condenado por hechos distintos de aquellos por los que fue acusado y de los cuales, en definitiva, se defendió a lo largo del debate. Desde allí entienden que se ha vulnerado el principio de congruencia.

No comparto el argumento defensivo, pues advierto que en el caso de autos no se ha juzgado a R A por hechos distintos a los contenidos en la acusación.

Por el contrario, la resolución judicial **condenatoria respeta los márgenes fácticos contenidos** tanto en el requerimiento de citación a juicio –fs. 248/254–, así como de la ampliación de la acusación originaria realizada en el marco del debate, –conforme lo autoriza el art. 391 del CPP–.

En efecto, observo que cada una de esas piezas acusatorias describe –y le reprocha al acusado– tocamientos corporales de carácter inequívocamente sexual perpetrados al sujeto pasivo. Si bien esas descripciones asumen en cada caso ciertas particularidades diferenciales en orden a la modalidad comisiva como lo señala la defensa –que tuvieron cada una su correlato en la calificación legal utilizada para subsumir típicamente la conducta enrostrada– lo cierto es que el sustrato fáctico finalmente endilgado al acusado, y por el que fue condenado por el tribunal de sentencia, aparece referido y comprendido en tales piezas acusatorias.

Con lo cual, del mismo modo en que lo entiende el sentenciante, considero que se verifica correlación o congruencia entre el hecho demarcado por la acusación fiscal, aquel respecto del cual se defendió durante todo el debate el acusado y, finalmente, por el que se dictó sentencia (ver fundamentos, fs. 329/330).

No se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio del acusado, pues no se ha variado la base fáctica, sino que el tribunal ha tenido por comprobada sólo una porción de los hechos, a los que les asignó una significación jurídico-penal menos gravosa que la acusada.

En segundo lugar, es cierto que para describir el hecho que tuvo por probado, el tribunal acude a una expresión aludida en el informe elaborado por la psicóloga que realizó la entrevista a la menor en los albores de la investigación.

Ello se observa cuando, expresamente, refiere el sentenciante que «desde mi punto de vista se encuentra probado que existió, parafraseando el **informe de fs. 35 “una transgresión a los límites de su cuerpo con connotación sexual”**».

Sin embargo, a renglón seguido, el sentenciante justifica el empleo de esa fórmula, cuando señala que «[l]os recaudos de precisión de tiempo y lugar ceden parcialmente en el abuso sexual infantil, dada la dificultad de evocación precisa de los sucesos por parte de un niño» (ver fundamentos, fs. 325 vta.). Explicación ésta que entiendo plausible.

Finalmente, y relacionado con esto último, también se debe descartar que el fallo atacado presente una «autocontradicción» o «incongruencia del proceso lógico de razonamiento», en palabras de los recurrentes.

En ese sentido, no es contradictorio que el tribunal de juicio haya juzgado acreditados los hechos a partir del grado de credibilidad y fiabilidad asignado a la declaración de la víctima, cuando descarta paralelamente que exista contundencia probatoria que respalde ciertos pasajes de su testimonio. En particular, sobre la pluralidad de eventos que –a criterio de los acusadores– demostrarían la prolongación en el tiempo de la conducta delictiva.

Aspecto sobre el cual la sentencia es clara y contundente al afirmar que «sólo hay certeza que existió un ataque que es al que se hace referencia en la denuncia y el que menciona en términos singulares la niña en la Cámara Gesell», la que describe en los siguientes términos: «el imputado practicó tocamientos en los glúteos de la víctima sin que haya penetración, ni intento de la misma. La niña en Cámara Gesell dijo que el padre le había “chupado la cola”» (ver fundamentos, fs. 330 vta. y 331 vta., respectivamente).

4.2.5.- En definitiva, de lo expuesto advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria – descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

Por todo lo expuesto entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar formalmente el recurso de casación interpuesto por el representante legal de la querella.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M O R A y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1009 pronunciada por Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, cinco de de noviembre 2021.-

39- MOYANO RIOS. 09-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	206

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=686>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del art. 4° párrafo letra b, 55 del CP. Art. 206 y 416 inc. 4 del CPP. Ley 26485. Ley 26061. Art. 639 del CCyCN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a **diez años de prisión** por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (dos hechos) en concurso real – arts. 199, tercer párr., en función del cuarto párrafo, apartado “f” y 55 del CP–.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1302, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Narváz Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontivero Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Alaniz Piñeira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua, 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

HERRERA, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05516418-9/1((018602-700666)) FC/ MOYANO RIOS DANTE ADRIAN P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105698179*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05516418-9/1 caratulada "F. c/MOYANO RÍOS DANTE ADRIÁN P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Dante Adrián Moyano Ríos interpone recurso de casación a fs. 629/633 contra la sentencia N° 1302 que lo condena a diez años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (dos hechos) en concurso real – arts. 199, tercer párr., en función del cuarto párrafo, apartado "f" y 55 del CP–.

La resolución fue dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 en los autos P-700.666/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada por la defensa tuvo por acreditado que «... en las vacaciones de verano de 2018, en la casa ubicada en calle ..., Dante Adrián Moyano Ríos abusó sexualmente de T.E.R., en la habitación de él y M.A., accediéndola carnalmente mediante la introducción del pene en la vagina de la menor, mientras la sostenía de los brazos y le impedía moverse, a pesar de que la misma en reiteradas oportunidades le pedía que la dejara de molestar. En dicha oportunidad el autor se aprovechó de que se encontraban solos en la vivienda porque el resto de la familia había ido a Mendoza, buscó a la menor que dormía en otra habitación, la alzó y la llevó a su cama. Luego, el 22 de enero de 2019, en el domicilio sito en ... en oportunidad en que M. le había pedido que fuera a buscar unas cosas a su casa, el sospechado le pide a T.E.R. que lo acompañara, cuando llegaron a la casa cierra la puerta con llave, la alzó la llevó a la pieza, le introduce el pene en la vagina y refiere que ha olvidado ponerse el preservativo, entonces se paró y la menor aprovechó para irse, saco su ropa y se fue al Polideportivo ..., donde se encuentra con unas amigas quienes le aconseja que cuente lo sucedido, por lo que llegó llorando y le relato los hechos a M. A.». Para así resolver tuvo en consideración las declaraciones testimoniales de ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... y ..., junto a la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

La defensa de Moyano Ríos interpone recurso de casación de conformidad con lo previsto en el art. 474 y ss. del CPP.

Ello por considerar que se han inobservado los arts. 206 y 416 inc. 4 del CPP al momento de valorar el material probatorio incorporado en el debate oral. En este sentido afirma que del plexo probatorio de autos **no surge con certeza la participación** de Moyano Ríos en los hechos investigados.

Especifica que no existe prueba objetiva que acredite el abuso sexual –lesiones compatibles con abuso sexual por parte del Cuerpo Médico Forense– y que se ha condenado únicamente en razón de la pericia psicológica realizada. Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar expresa que el recurso procede desde lo formal, aunque propicia su rechazo desde el punto de vista sustancial por considerar que la sentencia de instancia anterior ha realizado una valoración completa y acabada del plexo probatorio incorporado en autos de acuerdo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia en la materia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Moyano Ríos, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación. De manera preliminar entiendo oportuno destacar que en casos como el presente se impone valorar los diversos elementos de prueba con la debida perspectiva de género.

De tal manera considero importante recordar lo que sobre la cuestión he señalado en diversos precedentes. Así, por ejemplo, en **«Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega» y «Zurita».**

En particular, como expuse en **«Ojeda Pérez»** comparto aquella concepción según la cual «... la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). En esa misma oportunidad destaqué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada para

y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16)».

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

En este sentido, en el precedente «Brancello Urbón» concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el precedente «Zurita» he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal – como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989).

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes **«Vega» y el ya citado «Zurita»**).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable, tal como lo señalé en «Zurita», el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de **la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia».

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154).

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad (ver al respecto mi voto en «Zurita»).

Es conveniente destacar también que, en el **precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua»** mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

De este modo, «en contextos familiares, cuando las niñas son abusadas sexualmente, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitoras y personas estrechamente vinculadas a éstas Por tanto, es importante también, analizar la declaración de la víctima «teniendo en cuenta si entre ella y el agresor existe o existió una relación de asimétrica de poder» y la información sobre consecuencias que pueden generar la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (Di Corleto, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299) ...

Asimismo, el **principio «interés superior de la niña»** (artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros» (Herrera, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061)».

A ello debe agregarse que «la **responsabilidad parental**, como en nuestro ordenamiento jurídico democrático vigente, se rige por principios generales –entre ellos, el primero es el del interés superior del niño/a, de acuerdo al inc. a del **art. 639 del CCyCN** y a la Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional–, y el Código le impone a los progenitores el deber de «cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; ... d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos ...» (art. 646 CCyCN) y les prohíbe «... los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes» (art. 647 del CCyCN)» (ver al respecto lo señalado en mi voto en «Zurita»).

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (ver al respecto mi voto en «**Narváez Videla**»). Todas estas pautas y consideraciones, como a continuación se analizará, han sido tenidas en cuenta por el juez de la instancia previa al momento de valorar los diversos elementos obrantes en la causa.

En primer lugar, debe señalarse que el recurso interpuesto por la defensa constituye una reiteración de la valoración del material probatorio desarrollada por esa parte durante el juicio oral, sin puntualizar detalladamente los errores de la sentencia que enuncia ni aportar nuevos argumentos que permitan desvirtuar aquélla como acto jurisdiccional válido.

En segundo lugar, corresponde referir que el núcleo argumental de los cuestionamientos de la defensa gira en torno a la falta de prueba objetiva que acredite la existencia de abuso sexual denunciado y la participación de Moyano Ríos en el hecho. De acuerdo con ello, la defensa entiende que la condena sólo se fundamenta en exámenes psicológicos y los dichos de la niña.

Sin embargo, ello es una valoración parcializada y aislada de todo el material probatorio producido durante el debate. Como bien ha valorado el juez de instancia anterior, las pruebas obrantes en la causa «... se presentan como contestes, unívocas y precisas para explicar el desenvolvimiento de lo sucedido, extremo que posibilita determinar la materialidad del hecho delictivo».

En este sentido, resulta central todo lo manifestado por la víctima durante su declaración en Cámara Gesell, relato que correctamente ha sido valorado como claro, preciso y detallado de acuerdo a la edad de la víctima y al alto grado de angustia que el suceso le produjo.

De sus declaraciones surge con claridad que sufrió abusos sexuales con acceso carnal en dos ocasiones específicas por parte de Moyano Ríos, descripción que se mantuvo inalterable en cada ocasión que mencionó lo vivenciado. En efecto, y al respecto, T.E.R. refirió que «...lo que denunciamos viene pasando ya desde hace dos años ... en el 2018 empezó a tocarme y a ... (la menor toma aire, tratando de relajarse) yo venía de vacaciones en micro porque ya podía viajar.

Me vine para las vacaciones de invierno y ahí Dante me tocaba todo ... me sacaba la ropa y empezaba a tocar, porque el por ejemplo al ser grande, me tiraba a la cama. Es grande y tiene... entonces me tiraba a la cama y me tenía, yo le empezaba a patlear. Eso pasó en mi casa, en la casa de M.,.

Esa vez fue la primera vez que me penetró algo así, o sea que me metió el pene, o sea, entonces fue cuando yo en ese momento no sabía qué hacer, me movía para todos lados, pero él me tenía los brazos, yo no me podía mover para ningún lado. Le decía Dante pará, deja de molestarme ... yo estaba durmiendo, mi mama se fue, mi hermanita también, se fueron a Mendoza, me dejaron sola, él se tenía que ir a cargar.

Él aprovechó, me empezó a tocar, me alzó me llevó a la pieza, desde mi cama ... Entonces ahí, como duermo con pantalón corto, se le hizo más fácil, me sacó el pantalón corto y la remera y empezó a lo que

le dije. Con bombacha abajo y una remera suelta ... El me decía que no fuera maricona que tenía que disfrutar, según él era lindo, rico, re lindo, lo único que yo hacía era llorar porque me daba miedo. Terminó cuando él largó una cosa blanca, no sé que es, no sé que era, él me tenía, de repente miro así una cosa, entonces le digo Dante, qué estás haciendo, me tenía así, no podía moverme, me dijo “ahora tenés que bañarte”».

En relación al segundo hecho por el que fue condenado y ante la pregunta que le se realizó en Cámara Gesell a la niña sobre cuándo había sido la última vez respondió que había sido «... en la casa de Marcia, ahí fue cuando también me tenía y me dice “me olvidé de ponerme el preservativo”, pero ya había hecho todo, me había metido su pene.

Entonces se paró para ponerse el preservativo, yo aproveché, agarré mi ropa y me fui. Fue cuando me fui al Poli, con mis amigas, les conté ... me aconsejaron, me dijeron que les diga, que si no me creían ellas me iban a ayudar. Después de eso me animé a contarle a M., yo vivía llorando. M. me pregunta qué había pasado, yo no sabía cómo decírselo, me dijo decime pendeja.

Esto fue el 22 de enero». Por otra parte, diversas personas que prestaron declaración testimonial en el debate oral, aportaron credibilidad a lo expresado por T.E.R. Así, tanto el padre –...– como la tía –...– y la hermana de la víctima declararon sobre lo que la niña les había contado como sucedido, relatos que coincidieron con lo expresado por ella en Cámara Gesell. En el mismo sentido se encuentran las declaraciones de ... –profesional del E.De.A.A.S.–, ... –profesional del E.P.I. – y ... –profesionales del C.A.I.– .

Estas declaraciones testimoniales, junto a los informes presentados, calificaron que la declaración de la niña en dichas instancias, debido a la psicoafectación vinculada a lo denunciado, resultaba coherente, espontánea, clara y precisa. Además, el informe del Cuerpo Médico Forense y la declaración testimonial prestada durante el juicio oral por parte de ...–médico de aquel organismo– determinaron que la víctima presentaba una lesión en el himen cicatrizada.

Entiendo correcta la valoración realizada por el juez en la sentencia en cuanto hizo hincapié a que la conclusión experta de que la lesión había sido realizada con anterioridad a un mes «... resulta conteste con los hechos denunciados, por cuanto la primera vez que T.E.R. fue accedida carnalmente, data de un año antes de la fecha en que se efectuó el examen ginecológico».

A lo señalado debo añadir que también comparto la conclusión del juez según la cual «la circunstancia que dicho informe también indicara que la menor “no presentaba lesiones compatibles con abuso sexual”, en nada enerva la conclusión a la que se arriba ... claro está que no necesariamente el acceso carnal sufrido en segunda instancia debía dejar “lesiones”. La niña jamás dijo que el justiciable la golpeó.

Sólo que se le puso encima y la sostuvo de sus muñecas». En consecuencia, considero que el recurso interpuesto no puede prosperar en razón de que no se advierten los vicios que alega la defensa relacionados con la valoración de la prueba obrante en autos. De tal manera puede afirmarse que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido al no ostentar falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177, entre otros). Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante, y me remito a lo que he señalado en los precedentes «Galdeano Reyes», «Ontivero Arancibia», «Merlo Lassa», «Alaniz Piñeira», «Concha Jesús» –entre otros– respecto a la forma en que la perspectiva de género debe aplicarse al caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 629/633 por la defensa de Dante Adrián Moyano Ríos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

40- KUMIKO KOSACA. 15-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	295

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcKK.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55 del CP. art. 295 inc. 4 punto b, 6, 280, 282, 283, 290 y 475 del CPP. Arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de CN, Arts. 7 y 8.2 de CADH, Arts. 9, 12 y 14 de PIDCyP, Arts. 1.3 de DUDH

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Medida cautelar. Prórroga de la Prisión preventiva.

Summa:

El **TPC** autorizó la prórroga de la prisión preventiva dispuesta en relación con la acusada en los autos P-26.674/17 y P-78.790/18.

La **defensa** interpone recurso de casación e inconstitucionalidad contra el auto que dispone la prórroga de la prisión preventiva de su defendida.

El **Procurador General** estima debe ser rechazado desde lo sustancial

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- García Víctor.
- Martínez Leguizamón. 17-08-18:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcMLW.pdf
- Jofré Montenegro.
- Indio Re.
- Frigolé Esteban.
- Caccia Barrionuevo. 26-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221226_FcCBI.pdf
- Gómez Muñoz. 24-10-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181024_FcGMS.pdf
- González Gutiérrez. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcGGL.pdf
- Torres Ocampo. 24-10-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181024_FcTOG.pdf
- Puente Cuello. 28-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180528_FcPCL.pdf
- Ordóñez Guzmán.
- Vidal Serafín. 11-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf
- Val Cáceres. 04-10-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcVal.pdf

- Lobos Gras. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Ibáñez Benavídez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf

b-CIDH

- Bayarri vs. Argentina. 30-10-08:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf
- Barrios Altos vs. Perú. 14-03-02:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf
- Almonacid Arellano vs. Chile. 26-09-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Romero Feris vs. Argentina. 15-10-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_391_esp.pdf
- Jenkins vs. Argentina. 26-11-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf
- Gelman vs. Uruguay. 24-02-11:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345

Informe citado

- Informe N° 35/07 de la Comisión IDH.
https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “Considero que el transcurso del tiempo puede afectar la procedencia de la prisión preventiva y motivar una revisión al respecto solo en dos casos: 1) por vencimiento de los plazos de duración de la medida previstos en el art. 295 incisos 4, 5 y 6 del CPP, es decir, cuando se cumplan los plazos máximos de duración de la prisión cautelar establecidos por la propia normativa procesal; y 2) durante el lapso existente entre el dictado de la medida o del último control hasta la nueva petición de revisión, cuando ocurre un hecho que afecta concretamente a una o varias de las condiciones que motivan el dictado de la prisión preventiva.”

Del voto preopinante “ Contra la aplicación de esta norma la defensa también ha argumentado que se incurriría en una inadmisibles «extensión de la punibilidad» si el análisis de la complejidad de una causa no es independiente de las demás que también se atribuyen a la misma persona. Un argumento de esa naturaleza no puede ser acogido, puesto que se equivoca en un aspecto esencial para la solución, en tanto parte de asignar carácter «punitivo» a la prisión preventiva, cuando se trata de una medida cautelar y no una pena.”

SCJM. Dra. **Day.** Dr. Gómez. Dra. Miquel.

(A.Y.)

Fallo

CUIJ: 13-05774320-9/1((018602-159)) FC/ KUMIKO KOSAKA... RECURSO EXTRAORDINARIO P/ ARBITRARIEDAD, NULIDAD PRESENTADO POR DRES VARELA ALVAREZ Y LUCAS FALLET (0159) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105948280*

En Mendoza, a los quince días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05774320-9 caratulada "FC/ KUMIKO KOSAKA... RECURSO EXTRAORDINARIO P/ ARBITRARIEDAD Y NULIDAD PRESENTADO POR LOS DRES. VARELA ÁLVAREZ Y LUCAS FALLET (0159) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dra. MARÍA T. DAY, segundo Dr. JULIO R. GÓMEZ y tercera Dra. SILVINA MIQUEL.

La defensa de Kosaka Kumiko plantea recursos de casación e inconstitucionalidad contra el auto pronunciado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial que autorizó la prórroga de la prisión preventiva dispuesta en relación con la acusada en los autos P-26.674/17 y P-78/790/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO:

1.- La resolución recurrida

El auto pronunciado por el Primer Tribunal Penal Colegiado autorizó la prórroga de la prisión preventiva de Kosaka Kumiko, desde su vencimiento y hasta la terminación de la realización debate en los autos P-78/790/18, de conformidad con lo previsto por el art. 295, inc. 4, punto b del CPP. En primer lugar, la decisión afirmó que la prisión preventiva es permanentemente revisable –como había sostenido la defensa en audiencia– pero no «reeditable», pues en el caso un juzgado ya había evaluado la procedencia de la medida –esto es, si existían elementos de convicción suficientes para sostener como probable la intervención de la acusada en los hechos atribuidos, así como peligros procesales de fuga o entorpecimiento probatorio– y la había ordenado. A su vez, un tribunal en función de apelación la había confirmado. A diferencia de ello, aclaró que lo que la actual decisión resolvería no sería la procedencia de la prisión preventiva, sino su prórroga. Las condiciones de la prisión preventiva podrían haber sido revisadas si nuevas causales hubieran sido invocadas, pero el tribunal no se encontraba habilitado para ello porque no se había invocado ninguna causal para morigerar la medida cautelar ya dispuesta –ver al respecto, registros audiovisuales, minutos 0:10 a 2:24–. En segundo orden, explicó que para evaluar la

procedencia de la prórroga de la prisión preventiva era necesario evaluar el tiempo transcurrido, que debía ser razonable y sin dilaciones indebidas. En ese sentido, advirtió que el fiscal y el querellante manifestaron que Kosaka Kumiko fue detenida el día 10 de junio de 2019, extremo que no fue discutido por la defensa. Por otra parte, refirió que el fiscal solicitó la prórroga dentro del plazo de dos años desde la detención, es decir, dentro del plazo legal. En tercer lugar, señaló que el debate se encuentra en curso, por lo que a efectos de su realización y de conformidad con lo previsto por el art. 295, inc. 4, punto b del CPP, correspondía prorrogar la prisión preventiva.

Descartó, además, que hubiera habido dilaciones innecesarias y sostuvo que el problema era que se trataba de muchas causas, personas imputadas y presuntas víctimas, así como numerosa prueba por producir, discutir y litigar en la audiencia preliminar –ver al respecto, registros audiovisuales, minutos 2:24 a 5:50–.

2.- Los recursos de la defensa

a.- Recurso de casación

La defensa de Kosaka Kumiko plantea recurso de casación contra la decisión del Tribunal Penal Colegiado del 10/06/2021 que dispuso una prórroga de la prisión preventiva respecto de Kosaka Kumiko en los autos P-78.790/18 y su acumulado P-26.674/17.

Considera que la resolución es arbitraria, inmotivada y vulneratoria de convenciones internacionales. Como normas vulneradas invoca los arts. 2 y 155 del CPP; 16, 18, 20, 28, 31, 33 y 74 inc. 22 de la CN; 1, 2, 8, 24 y 25 de la CADH y 9, 14 y 26 del PIDCP. También dice que se vulneraron los criterios interpretativos que surgen de los casos **«Bayarri vs. Argentina»**, **«Barrios Altos vs. Perú»**, **«Almonacid Arellano vs. Chile»** y **«Gelman vs. Uruguay» de la Corte IDH, y el informe 35/07 de la Comisión IDH**. Funda la procedencia formal del recurso en el art. 474, inc. 2 del CPP por considerar que la resolución impugnada adolece de vicios procedimentales.

Explica que la decisión es objetivamente recurrible mediante casación porque: la prisión preventiva se trata de un asunto de contenido procesal-constitucional, por lo que no resulta necesario esperar hasta que se dicte sentencia definitiva; la decisión se encuentra alcanzada por la garantía constitucional del doble conforme; y, al estar en juego la libertad de su defendida, la decisión resulta equiparable a sentencia definitiva. En otro orden explica que la decisión causa un perjuicio grave e irreversible, pues: la resolución cuestionada no deriva de la prueba y la razón; se interpretaron en contra de la acusada garantías previstas en su favor, se violó el principio de inocencia y se vulneró el derecho a ser oído; y la tramitación del presente recurso de casación prolonga una detención arbitraria.

En cuanto al fondo del recurso, para contextualizar su crítica explica que Kosaka Kumiko está privada de su libertad en la causa principal P-28.674/17 -a la que se acumuló la causa P-78.790/18- y que lleva más de cuatro años en esa situación. Refiere que luego se ordenó la detención de Kosaka Kumiko en los autos P-78.790/18 y que el 10/06/2019 comenzó la prisión preventiva cuya prórroga ahora se discute.

En este estado, el 10/06/2021 se realizó una audiencia de prórroga de prisión preventiva a instancia del Ministerio Público Fiscal y el tribunal de la instancia anterior hizo lugar a lo requerido en función del art. 295, inc. 4, punto b del CPP. Considera que la decisión es incongruente, carente de motivación, arbitraria

y nula. Afirma que su motivación es aparente porque no hay un correlato entre lo que plantearon las partes, lo que consideró el tribunal y lo que se resolvió.

Específicamente, señala que se omitió dar tratamiento a los argumentos de la defensa. Según el art. 295 inc. 4, punto b del CPP que se aplicó, la prórroga de prisión preventiva es de carácter restrictivo y excepcional y procede sólo en casos complejos o de difícil investigación, o por la cantidad de delitos atribuidos a la acusada, o bien para finalizar el debate. Ninguna de esas condiciones se cumple en el caso, sostiene la defensa, y el tribunal no ha dado ninguna razón para que la acusada continúe detenida.

La resolución no contestó ni lo manifestado por la Fiscalía y la parte querellante al solicitar la prórroga, ni lo manifestado por la defensa. Considera que el tribunal se limitó a plantear una inédita diferenciación entre la naturaleza esencialmente revisable de la prisión preventiva y la idea de «reedición» de su control, según la cual si un Juzgado de Garantías se expide sobre la prisión preventiva y esa decisión luego es confirmada en instancia de apelación, los jueces posteriormente no pueden expedirse sobre los fundamentos, riesgos y demás elementos que se exigen para el dictado de una prisión preventiva, en tanto no se aporten nuevos elementos que los habiliten a hacerlo.

La defensa afirma que ese argumento es falaz porque se basó en la remisión a fallos anteriores «sin más», lo que supone falta de fundamentación y porque, en el caso concreto, los fallos a los que remitió fueron un año y seis meses antes del dictado de la resolución casada–, no habiéndose analizado si los elementos que se consideraron entonces habían variado. Manifiesta que tal decisión violenta la característica esencial de la prisión preventiva de ser revisable y contradice la jurisprudencia que la Suprema Corte de Justicia estableció en el caso «Habeas corpus correctivo y colectivo», donde sostuvo que el riesgo procesal tiende a disminuir con el paso del tiempo. Explica que el riesgo procesal es un pronóstico a futuro que debe basarse en pruebas e indicios y que –según el precedente citado– genera en los jueces un deber de valorar de manera periódica si las causas y fines que justificaron inicialmente la privación de la libertad se mantienen vigentes y hacen necesaria la medida. De tal manera, es deber del órgano acusador fundamentar y acreditar las circunstancias que permiten presumir que persiste el peligro para los fines del proceso. La defensa señala que el fallo trató un pedido de prórroga de la prisión preventiva como un cese de la prisión preventiva, con el consiguiente traslado de la carga probatoria a la defensa. De ese modo se desconoció la obligación legal de los tribunales de dar razones de sus fundamentos. Al respecto, expresa que no existe ningún elemento que permita al tribunal justificar y probar el riesgo de fuga o de obstrucción de la justicia. En otro orden, manifiesta que la causa tampoco reviste complejidad, pues la prueba de cargo con la que cuenta consiste en una declaración en Cámara Gesell y su desgrabado, y cuenta con una sola víctima y una sola persona imputada. Además, en esa causa se advierte una seria demora de ocho meses del Ministerio Público Fiscal para avocarse. Se trata de una demora injustificada atribuible a la acusación, que es demostrativa de la carencia de complejidad de la causa. A ello se suma que no ha habido ninguna dilación por parte de la defensa. Agrega que no es posible argumentar que la detención en esa causa responde a su acumulación con la principal, pues ello constituiría una extensión inadmisibles de la punibilidad.

b.- Recurso de inconstitucionalidad

La defensa de la acusada también plantea recurso de inconstitucionalidad contra la norma del art. 295 inc. 4, punto b del CPP. Esto en razón de considerar que convierte en regla la prisión preventiva, cuando debe ser excepcional. Cita el caso «**Romero Feris vs. Argentina**» donde afirma que la Corte IDH dio

expreso tratamiento a la realización del debate como motivo para prolongar la prisión preventiva. Explica que, según la Corte IDH, no es posible que la inminencia de la realización del juicio sea un argumento para fundamentar el peligro de fuga, pues el desarrollo de las etapas procesales no puede ser en sí mismo una justificación de la privación de libertad. Afirma que la norma también contradice las consideraciones que la Corte IDH realizó en los casos «Bayarri vs. Argentina», «Jenkins vs. Argentina» y «Romero Feris vs. Argentina».

Explica que, según la doctrina, las opiniones y decisiones de los órganos interamericanos tienen efecto vinculante para los jueces del derecho interno, pues la reserva de un Estado de interpretar las recomendaciones de la Comisión IDH para aplicarlas a su ámbito doméstico desvirtuaría el sistema internacional de derechos humanos. Cita en su apoyo los **casos «Carranza Latrubesse», «Derecho» y «Espíndola» de la CSJN.**

En este sentido, entiende que la norma impugnada sería contradictoria con el estándar interamericano. En efecto, en el caso «Bayarri» la Corte IDH estableció que la prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar, y que las autoridades nacionales deben valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares, ofreciendo fundamentos suficientemente motivados sobre cómo la restricción de la libertad está unida a la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo de la investigación ni eludirá la acción de la justicia.

El fallo establece que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito no son, en sí, razones que justifiquen la prisión preventiva; y que aun cuando hubiera razones suficientes para fundar la prisión preventiva, ésta debe cesar si la detención excede el límite de lo razonable.

En este orden, considera que el art. 295 inc. 4, punto b del CPP establece pautas que exceden los estándares señalados, pues permite mantener la prisión preventiva «sin plazo», sujeta a una etapa procesal –el juicio– y convierte la medida excepcional en la regla. Expresa, además, que en el caso hubo un perjuicio concreto pues a pesar de que el Ministerio Público Fiscal solicitó una prórroga por un año, el tribunal dispuso una prórroga sin plazo: hasta que se realice el juicio. No hay, entonces, certeza sobre la fecha en que el debate culminará.

Explica que esta detención sine die es contraria al art. 2 del CPP, a la CADH y el PIDCP, así como a los arts. 18 y 28 de la CN. c.- Pretensión En función de todo lo expuesto, la defensa solicita se compulse el registro audiovisual de la audiencia del día 10/06/2021, se realice control de convencionalidad sobre el inc. 4 punto b del art. 295 del CPP, se declare su inaplicabilidad al caso, se case y anule la decisión que cuestiona y se disponga la libertad de Kosaka Kumiko. Finalmente, efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiriera, el señor Procurador General consideró que el recurso de casación procede formal aunque no sustancialmente. Afirma que no puede calificarse de infundada o arbitraria a la decisión, puesto que el tribunal consideró que subsistían los riesgos procesales que llevaron al Juzgado de Garantías a dictar la prisión preventiva y a ser confirmada en instancia de apelación. Se encuentra acreditado que la solicitud de prórroga fue efectuada dentro del plazo de dos años desde la detención y que el debate está en curso, por lo que es aplicable el art. 295 inc. 4.b del CPP.

El tribunal también consideró que no hubo dilaciones innecesarias y tomó en cuenta la cantidad de causas, imputados, víctimas y pruebas a producir. De modo tal que brindó suficientes razones para fundar la prórroga cuestionada. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad, advierte que la defensa no planteó tal inconstitucionalidad en la audiencia del día 10/06/2021, por lo que el recurso no satisface el requisito de introducción oportuna del art. 489 del CPP, que exige que la resolución impugnada haya sido contraria a las pretensiones del recurrente. Por tal razón, debe ser desestimado formalmente.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Puesta a resolver la cuestión en tratamiento debo adelantar que, conforme a las razones que en lo sucesivo se expondrán, corresponde rechazar los recursos planteados por la defensa y, en consecuencia, confirmar la resolución pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado en autos. El tratamiento que brindaré a las cuestiones planteadas seguirá el orden de la presentación efectuada por la defensa. Por ello, comenzaré con el abordaje del recurso de casación (a) y, luego, continuaré con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (b). a.- Recurso de casación 1.- En relación al recurso de casación formulado, debo señalar preliminarmente que el mismo resulta procedente desde el punto de vista formal, es decir, ha sido correctamente concedido por el Tribunal Penal Colegiado, por lo que corresponde a esta Sala Segunda el tratamiento del fondo de las cuestiones planteadas. Ello por cuanto, si bien la resolución que ha sido impugnada no se encuentra entre aquellas susceptibles de ser cuestionadas mediante recurso de casación según el tenor literal de la norma procesal que define la impugnabilidad objetiva de este recurso (art. 475 del CPP), lo cierto es que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de esta Sala Segunda, aquélla resolución es equiparable a las enumeradas legalmente. En efecto, este Tribunal ha señalado, en relación con resoluciones que no se encuentran taxativamente numeradas en el art. 475 del CPP, que son susceptibles de equiparación a aquellas las resoluciones que permitan avizorar fundadamente la posibilidad de provocar un perjuicio de difícil o imposible reparación ulterior. Ello ocurre en supuestos, como el presente, en que se ha cuestionado la prórroga de la privación cautelar de la libertad (ver al respecto, en lo pertinente y mutatis mutandi, los precedentes «García Víctor», «Martínez Leguizamón», «Jofré Montenegro», «Indio Re», «Frigolé, Esteban», «Caccia Barrionuevo», entre otros).

Dicho esto, corresponde entonces ingresar al tratamiento de los agravios expresados. 2.- Principiaré señalando que la resolución impugnada comenzó con la distinción –a mi juicio, adecuada– entre el pedido de prórroga de la prisión preventiva que motivó su pronunciamiento, y el dictado de la medida cautelar de privación de libertad. Así, explicó que la cuestión sobre la que debía expedirse estaba asociada a lo primero, esto es, determinar si se verificaban las condiciones legales pertinentes para prolongar la privación preventiva de libertad dispuesta en relación con Kosaka Kumiko; y no a lo segundo, esto es, si la medida de privación preventiva estaba justificada en sí misma. Respecto de esto último, el tribunal se remitió expresamente a las decisiones adoptadas previamente por otros órganos jurisdiccionales al respecto.

Esta constatación me permite rechazar la alegación defensiva según la cual el tribunal le dio tratamiento de «cese de la prisión preventiva» al pedido de prórroga que había realizado el Ministerio Público Fiscal. Así, correctamente distinguió la decisión respecto de la medida cautelar de aquélla relativa a su

prolongación y, también de forma adecuada, explicó que el carácter revisable de la medida no equivalía a la posibilidad de reedición del planteo, siempre que no se alegue un cambio en las condiciones que le dan justificación. Este último punto es cuestionado por la defensa en su impugnación, quien considera que el transcurso del tiempo es un factor que tiene la virtualidad de cambiar una condición de procedencia de la prisión preventiva.

La defensa sostiene que el mero transcurso del tiempo es, en sí mismo, un motivo para revisar el mantenimiento de la prisión preventiva, independientemente de la regulación procesal de la duración de la medida y de los fundamentos que le dan justificación. Considero que el transcurso del tiempo puede afectar la procedencia de la prisión preventiva y motivar una revisión al respecto solo en dos casos: 1) por vencimiento de los plazos de duración de la medida previstos en el art. 295 incisos 4, 5 y 6 del CPP, es decir, cuando se cumplan los plazos máximos de duración de la prisión cautelar establecidos por la propia normativa procesal; y 2) durante el lapso existente entre el dictado de la medida o del último control hasta la nueva petición de revisión, cuando ocurre un hecho que afecta concretamente a una o varias de las condiciones que motivan el dictado de la prisión preventiva. Nada de ello es lo que ocurre en el caso, en el que plazo de duración de la prisión preventiva no se ha vencido, ni han tenido lugar –y la defensa no ha alegado y demostrado– hechos que afecten las condiciones que dieron fundamento al dictado de la medida de coerción personal en cuestión. En tales condiciones, el agravio no puede ser acogido en esta instancia debido a que no demuestra un vicio en la decisión impugnada. 3.- Dicho esto corresponde ingresar al tratamiento de los agravios vinculados a las condiciones que fundamentaron la prisión preventiva cuya duración se prolongó, y respecto a las cuales el tribunal –adecuadamente– hizo remisión a las decisiones previas dictadas en la causa sometida a juicio. Una de las críticas defensivas al respecto afirma que la resolución se asienta en una remisión infundada a fallos anteriores, lo que torna arbitraria por falta de motivación a la resolución impugnada. Tal objeción a mi juicio no puede ser acogida puesto que omite tomar en cuenta que el tribunal delimitó el ámbito de su decisión en el sentido de que no se expediría sobre la procedencia de la prisión preventiva sino sobre su prórroga, pues sobre ello versaba la petición realizada por el Ministerio Público Fiscal. En base a esa delimitación, expresamente aclaró que se remitiría a las decisiones previas en relación con las exigencias de procedencia de la prisión preventiva, más ello no constituye una remisión que deja carente de motivación a la resolución –como pretende la defensa– pues el tribunal no debía expedirse sobre ese punto. La crítica de la defensa sólo puede ser entendida como una consecuencia de su primera objeción dirigida contra esta distinción del objeto procesal, que ya fue rechazada. De tal manera este argumento no resulta procedente, pues no demuestra que la decisión adolezca de falta de motivación, sino que –antes bien– manifiesta una posición diferente, a mi juicio errónea, sobre las cuestiones que deben revisarse al determinar la procedencia de la prórroga de la prisión preventiva. 4.- Lo dicho hasta aquí también justifica el rechazo del agravio defensivo que afirma que los fallos a los que remite la decisión en relación a las condiciones de procedencia de la prisión preventiva datan de aproximadamente un año y medio antes de la decisión sobre la prórroga. La objeción no tiene potencialidad para desvirtuar la resolución, pues como he señalado antes el tribunal explicó adecuadamente que la medida cautelar es revisable, pero que no había sido alegado en esa oportunidad un cambio en las condiciones que justificaron la medida –por ejemplo, una modificación atingente al riesgo procesal–. El tribunal consideró que la petición de revisión que la defensa realizó al contestar la vista de la solicitud de prórroga de la prisión preventiva constituyó una «reedición» del control por parte del órgano jurisdiccional anteriormente planteado, y que por tal motivo era improcedente. Ante ello, la

crítica de la defensa asentada en la fecha de los anteriores pronunciamientos no tiene ninguna potencialidad para demostrar vicios en la resolución, pues el tribunal no debía expedirse respecto de tales extremos en la medida en que la defensa no había alegado ni probado una modificación al respecto. En otras palabras, la defensa se queja de que el tribunal tomó como punto de partida para su decisión la justificación de la prisión preventiva que surgía de pronunciamientos previos –y resalta la fecha de estos pronunciamientos–, mas no logra demostrar la necesidad de revisar tal justificación, en la medida en que sólo alega en su favor el mero transcurso del tiempo y no el vencimiento de plazos procesales o la modificación del riesgo procesal o de las pruebas que involucran a la acusada en el hecho. Que en esta instancia casatoria la defensa sostenga que el riesgo procesal disminuye con el paso del tiempo no es un argumento suficiente para determinar un vicio en la decisión. Se trata de un argumento abstracto y dogmático, sin sustento alguno. 5.- Por estas razones debe desestimarse, además, la crítica según la cual el tribunal desconoció la obligación de los tribunales de fundamentar sus decisiones porque no dio fundamentos del riesgo de fuga u obstrucción de la justicia. El tribunal, contrariamente a lo sostenido en el recurso, brindó fundamentos suficientes para explicar la delimitación del objeto procesal que se sometía a discusión, esto es, la prórroga y no la prisión preventiva en sí misma. A ello se agrega que, más allá de que la decisión se encuentra debidamente fundada en punto a los cuestionamientos que se han señalado, la impugnación de la defensa no contiene un cuestionamiento dirigido a las consideraciones que motivaron el dictado de la medida cautelar, ni aporta argumentos o pruebas para considerar que esas condiciones se hayan visto modificadas. 6.- En otro orden, la defensa afirma que con anterioridad un tribunal ya había dispuesto la libertad de Kosaka Kumiko por considerar que no existía riesgo procesal. Sin embargo, esta crítica es impertinente por cuanto se asienta en información parcial. Por una parte, el argumento se basa en un pronunciamiento que tuvo lugar en una causa diferente a la que motivó la prisión preventiva en virtud de la cual la acusada se encuentra actualmente privada provisionalmente de la libertad. Por otra, parte, si bien es correcto que en la causa P-28.674/17 se dispuso el cese de la prisión preventiva de la acusada, la prisión preventiva ordenada luego en los autos P-78.790/18 fue impugnada por la defensa y motivó un pronunciamiento de esta Sala Segunda en sentido contrario a su pretensión, pues se confirmó la resolución que impugnó (ver al respecto, los autos CUIJ 13-05411518-5, «F. c/ Incidente en autos P-28.674/17 y P-78.790/18 p/ recurso extraordinario s/ casación», sentencia del 14 de mayo del presente). Dicho en otros términos, la libertad que se dictó en relación con la acusada en la causa P-28.674/17 no es un argumento pertinente para impugnar la prórroga de la prisión preventiva dispuesta en la causa P-78.790/18. 7.- En otro tramo del recurso de casación la defensa toma nota de esta situación y asevera que la causa por la cual se encuentra privada de la libertad la acusada Kosaka Kumiko no es compleja. Asienta esta afirmación en el hecho de que, en sus albores, la causa no tuvo movimientos durante nueve meses, y en que se trata de una causa con una sola persona imputada, referida a un solo hecho y con escasa prueba. Unido a este agravio, afirma la defensa que las causas por las que Kosaka Kumiko no se encuentra detenida no pueden ser consideradas para prorrogar la prisión preventiva dictada en una causa diferente. A mi juicio, es evidente y claro que este argumento por sí mismo es inidóneo para cuestionar la prórroga de la prisión preventiva dispuesta.

La defensa confunde la decisión sobre la procedencia de la prisión preventiva con la decisión acerca de su prórroga, y como consecuencia omite advertir que del hecho de que la prisión preventiva deba dictarse separadamente en cada causa –cuestión que fue zanjada por este Tribunal en el pronunciamiento dictado en autos CUIJ 13- 05411518-5– no se sigue que la prórroga de esa medida se ajuste a reglas idénticas.

Este temperamento surge con toda claridad de la propia letra del art. 295 inc. 4, del CPP, que permite la prórroga de la prisión preventiva cuando «[...] la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado [...] en la etapa del juicio [...] hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años». Como se advierte, en este supuesto la prórroga que se autoriza se vincula con la realización del juicio y el dictado de sentencia, eventos procesales que admiten la posibilidad de que varios delitos sean juzgados conjuntamente.

De tal manera, puede afirmarse que la eventual escasa complejidad de la causa concreta donde Kosaka Kumiko se encuentra actualmente privada de la libertad no constituye un obstáculo para que se prorrogue la prisión preventiva «en razón de la cantidad de delitos atribuidos» que se someten a juicio conjuntamente, cuando ello complejiza el juicio e impide llegar al dictado de sentencia antes del vencimiento de la prisión preventiva. Por estas razones, considero que el agravio de la defensa no puede prosperar.

8.- Este razonamiento tampoco escapa a la defensa que, conociéndolo, ha planteado conjuntamente con el recurso de casación un recurso de inconstitucionalidad dirigido precisamente a impugnar la validez constitucional y convencional del art. 295 inc. 4 punto b del CPP. Del tratamiento de esta cuestión me ocuparé más adelante, baste por ahora con adelantar que a mi criterio, la crítica constitucional no resulta sustancialmente procedente y, por lo tanto, la norma en cuestión resulta plenamente aplicable a este caso.

9.- Contra la aplicación de esta norma la defensa también ha argumentado que se incurriría en una inadmisibles «extensión de la punibilidad» si el análisis de la complejidad de una causa no es independiente de las demás que también se atribuyen a la misma persona. Un argumento de esa naturaleza no puede ser acogido, puesto que se equivoca en un aspecto esencial para la solución, en tanto parte de asignar carácter «punitivo» a la prisión preventiva, cuando se trata de una medida cautelar y no una pena.

Como es sabido, una consecuencia del principio de inocencia que constituye la piedra basal de nuestro diseño constitucional en materia penal es que la pena requiera un juicio previo donde se determine la responsabilidad criminal de la persona acusada. Por otra parte, la prisión preventiva –al igual que las restantes medidas de coerción previstas en el ordenamiento procesal– consiste en una medida cautelar, dirigida a asegurar los fines del proceso, por lo que no constituye una pena. Resulta imposible, en consecuencia, que la interpretación de las consideraciones que pueden contar para resolver la prórroga de la prisión preventiva dé lugar a una «extensión de punibilidad», como pretende la defensa. Dicho en términos claros, en la medida en que no existe una pena impuesta a la persona acusada, no puede haber lugar para una extensión de la punibilidad.

En este orden, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado la distinción expuesta, al afirmar que la prisión preventiva no constituye pena a los efectos de la reincidencia (conf. «Mannini», Fallos 330:4476). 10.- La defensa argumenta también que las demoras en la causa en la cual se dictó la prisión preventiva, P-78.790/18, son atribuibles al Estado y, por tal motivo, la acusada no es quien debe soportar las demoras con su privación de la libertad. Este argumento tampoco puede ser acogido en esta instancia, en la medida en que se asienta sólo en una apreciación de la defensa, que no da cuenta siquiera mínimamente de las razones que tuvo en cuenta el Tribunal Penal Colegiado para

concluir que las eventuales demoras en la realización del juicio se vinculan con la cantidad de causas que se someten a juicio conjuntamente.

11.- Un ulterior agravio de la defensa afirma que la resolución carece de fundamentos puesto que no habría correlato entre los planteos de las partes y la decisión adoptada. Sin embargo, el agravio no especifica qué alegaciones habrían quedado incontestadas en la resolución. El argumento luce como una expresión de disconformidad de la defensa frente a la prórroga de prisión preventiva dispuesta, antes que como una demostración de falencias argumentativas en la decisión, que la tornen arbitraria y, por ello, infundada.

Debe tenerse en cuenta que, conforme al criterio de esta Sala Segunda, los defectos de motivación de una resolución deben comprometer seriamente su fundamentación para dar lugar a la anulación (conf. «González Gutiérrez», «Gómez Muñoz», «Torres Ocampo», entre otros), sin que sea suficiente para tachar de «arbitraria» una decisión la mera alegación, sin sustento fáctico alguno, de omisión de pronunciamiento.

12.- Finalmente, debe señalarse que tampoco es procedente la objeción según la cual el Tribunal Penal Colegiado no analizó las condiciones de procedencia de la prórroga de la prisión preventiva. La defensa ataca en este aspecto no las condiciones para el dictado de la medida cautelar, sino las exigencias para la prolongación de la prisión preventiva. Advierto que, contrariamente a lo que sostiene la defensa, el tribunal de la instancia anterior explicó que en el caso había complejidad dada la cantidad de causas (con prisión preventiva y sin ella) que se atribuían a la acusada y que eran sometidas a juicio conjuntamente, y también evaluó distintos parámetros para evaluar la complejidad -como la actividad de las partes, de los organismos estatales, etc.-. Los cuestionamientos efectuados por la defensa a la posibilidad de que se consideren todas las causas llevadas a juicio, y no sólo aquella en la que ha sido dictada la prisión preventiva, ya fueron tratados con anterioridad. Lo mismo ocurre con la crítica que la defensa realiza al modo en que se evaluó la duración del proceso. De tal manera, en la medida en que no resultan procedentes las críticas planteadas a esos puntos y que la defensa no cuestiona los restantes, corresponde rechazar el agravio.

Cabe, sin perjuicio de lo dicho, destacar que las causas sometidas actualmente a juicio satisfacen –según entiendo– las exigencias legales para la prórroga de la prisión preventiva que se aplicó. En este sentido, en cuanto a «la cantidad de los delitos atribuidos al procesado» debe tenerse presente que a Kosaka Kumiko se la acusa haber cometido seis delitos en la causa P28.674/17 y otro en la causa P-79.790/18. En cuanto a la «evidente complejidad» de la causa, debe tenerse en cuenta que los hechos acusados consisten en la intervención de Kosaka Kumiko en abusos sexuales cometidos contra personas menores de edad. Las presuntas víctimas y numerosos testigos, además de tratarse de niños, niñas y adolescentes, son hipoacúsicas. Esto representa una particular situación de vulnerabilidad pero, también, una mayor complejidad para el desarrollo de las audiencias de debate en la medida en que supone la intervención de intérpretes, quienes además deben prestar asistencia en el debate y, eventualmente, declaración, utilización de Cámara Gesell (v. arts. 237, 240 bis, 204 ter y 204 quater del CPP).

La complejidad de las causas ha motivado, incluso, que se afectara especialmente a los jueces a la labor que insume el desarrollo del juicio –asegurando una equitativa carga de trabajo– y, asimismo, se dispuso la intervención de jueces suplentes (v. Resolución de Implementación Ley 9.040, N° 56, del 16 de septiembre de 2020, disponible en <http://www.jus.mendoza.gov.ar/resoluciones1>). Estas circunstancias,

que además son de público y notorio conocimiento, ratifican el acierto del análisis realizado por el Tribunal Penal Colegiado. A ello se agrega la profusa actividad procesal de las partes, que –tal como sostuvo esta Sala en oportunidad de expedirse en los autos CUIJ N° 13-05731704-8, caratulados «Incidente Recurso de casación contra resolución de prórroga de prisión preventiva por Kumiko Kosaka dictada el 20/04/2021 p/ recurso ext.de casación»– no supone calificar de «manifiestamente dilatorias» a las numerosas presentaciones de la defensa –que aparecen en el ejercicio de un derecho de defensa fundamental para el debido proceso–; pero sí permiten concluir que la resolución de ese caudal de presentaciones necesariamente insume tiempo por parte de los órganos jurisdiccionales – lo que prolonga la tramitación del caso– y, además, resulta demostrativo de la complejidad de la causa.

Sólo ante esta Suprema Corte de Justicia han tramitado numerosos recursos: 1) los autos CUIJ N° 13-0491927-3 caratulados «Kumiko, Kosaka p/ habeas corpus»; 2) CUIJ N° 13-05019154- 5 caratulados «Kumiko, Kosaka p/ habeas corpus», 3) CUIJ N° 13-05411518-5/1 caratulado «Incidente en autos P28.674/17 y P-78.790/18 p/casación (Kumiko, Kosaka)»; 4) 13-05706573-1/1 caratulado «Martínez Asunción, Kumiko Kosaka en J° 60030/17 F c/Pascual Ivars y otros. p/ queja»; 5) 13-05735728-7/1 caratulado «Incidente en autos N° 13-05411518-5/1 incidente en autos P28.674 y P-78.790/18 (...) p/ Reposición», 6) 13-05731704-8 caratulado «Incidente recurso de casación contra resolución de prórroga de prisión preventiva por Kumiko Kosaka dictada el 20/04/2021 p/ Recurso ext.de casación»; entre otros.

En base a las razones expuestas, considero que el recurso de casación planteado no puede ser acogido sustancialmente en esta instancia, motivo por el cual corresponde su rechazo. Tal solución es la que propongo al acuerdo.

b.- Recurso de inconstitucionalidad

A continuación se abordarán los agravios que sustentan el recurso de inconstitucionalidad que la defensa ha planteado de manera conjunta con el recurso de casación ya analizado.

1.- De manera preliminar, debe tenerse presente que el control de constitucionalidad que este Tribunal está llamado a realizar constituye un acto de suma relevancia institucional. Los estrictos criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la prudencia con que debe ser ejercido este control y las excepcionales circunstancias en las que procede la declaración de inconstitucionalidad de una norma –dada su presunción de legitimidad cuando es sancionada de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental nacional y provincial–, conducen a que la inconstitucionalidad proceda únicamente cuando la contradicción de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

En este sentido, la Corte Federal frecuentemente recuerda que «[...] la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado [...]. De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución le asigna, con carácter privativo, a otros poderes y a las autonomías provinciales» (así, Fallos: 242:73, 285:369; 300:241,338:1026, 342:697, entre otros).

La Sala que ahora integro ha hecho propio este criterio en numerosas oportunidades, y es la postura con la que encara el control en cuestión (ver al respecto, «Puente Cuello», «Ordóñez Guzmán», «Vidal Serafín», «Val Cáceres», «Lobos Gras», «Ibáñez Benavídez», entre otros).

De las funciones que ostentan los tribunales que integran el Poder Judicial, el ejercicio del control de constitucionalidad de una norma cuestionada constituye sin dudas la tarea más delicada y, a la vez, la más propia dentro de un esquema republicano de división del poder público.

2.- Más allá de la cuestión formal referida por el señor Procurador General en su dictamen, debe señalarse que la impugnación de la defensa de Kosaka Kumiko no resulta procedente desde el punto de vista sustancial

. En esta tarea, considero que los argumentos que menciona la defensa no permiten concluir, como pretenden los recurrentes, que la norma cuestionada sea contraria a la Constitución Nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Veamos.

La norma impugnada en su constitucionalidad y convencionalidad es el art. 295 inc. 4 punto b del CPP.

Me permitiré, a los efectos de hacer más accesible el análisis que se llevará adelante, transcribir la norma en cuestión. Así, el art. 295 del CPP dispone que: «Cesación de la Prisión Preventiva. Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando: 1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa. 2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal. 3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto. 4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse: a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más. b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art.

293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa. 5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada. 6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar».

Las objeciones que plantea la defensa contra el inciso 4 punto b de esa norma son: 1) que convierte en regla la prisión preventiva, la que debe ser excepcional; 2) que la realización del debate no puede ser un motivo para prolongar la prisión preventiva, conforme al criterio de la Corte IDH en los casos «Romero Feris vs. Argentina», «Bayarri vs. Argentina» y «Jenkins vs. Argentina»; 3) que según la decisión de la Corte IDH en «Bayarri vs. Argentina», la prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar, y que las autoridades nacionales deben valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares, ofreciendo fundamentos suficientemente motivados; 4) que conforme al criterio de la Corte IDH, aun cuando hubiera razones suficientes para fundar la prisión preventiva, ésta debe cesar si la detención excede el límite de lo razonable; y la norma cuestionada –contrariamente– permite mantener la prisión preventiva sin plazo; 5) que la detención sin plazo es contraria al art. 2 del CPP, a la CADH, al PIDCP y los arts. 18 y 28 de la CN. En relación con estos dos últimos cuestionamientos, afirma que en el caso no se conoce la fecha de terminación del debate – momento fijado como límite para la duración de la prórroga de la prisión preventiva-, motivo por el cual no se ha fijado un plazo de finalización de la medida cautelar.

Ahora bien, tal como anticipé entiendo que ninguno de estos argumentos encuentra asidero alguno, de modo que la constitucionalidad del art. 295, inc. 4, punto b del CPP debe ser confirmada. Evaluaré cada uno de esos argumentos en el orden en que han sido reconstruidos.

3.- En primer lugar, y contrariamente a la pretensión defensiva, entiendo que la norma en cuestión no transforma en regla la prisión preventiva. El artículo 6 del CPP, vigente y plenamente aplicable, dispone respecto a las medidas cautelares que «[...] sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse». Esta regla supone, entre otras cosas, que las personas acusadas de la comisión de delitos deben transitar el procedimiento de investigación y juicio en libertad y que la prisión preventiva –como medida cautelar– debe ser excepcional. Correlato de aquella regla es la norma del art. 280 del CPP, que dispone que «[c]on las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso [...]». En el mismo sentido, el art. 282 del CPP reafirma la norma al disponer que las personas que se crean imputadas en una investigación pueden solicitar el mantenimiento de la libertad y que su comparecencia sea obtenida mediante la simple citación –de manera concordante con el art. 283 del CPP–. Lo mismo ocurre, según dispone el art. 290 del CPP, cuando una persona aprehendida sea presentada ante la autoridad policial, supuesto en el que «[...] se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284».

Estas normas, entre otras contenidas en la regulación procesal penal, dan cuenta de la vigencia del principio establecido en el art. 6 del CPP, que a su vez es una consecuencia del derecho a la libertad y del principio de inocencia, garantizados constitucionalmente (arts. 14 y 18, CN) y protegidos también por los tratados internacionales sobre derechos humanos constitucionalizados (arts. 75 inc. 22 CN, 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 3 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 9, 12 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En otras palabras, conforme a nuestro diseño constitucional, el compromiso con las libertades personales y la garantía de protección de los derechos humanos se encuentra en el centro del sistema jurídico, de modo que la legitimidad de la actividad punitiva del Estado está condicionada a que sea llevada adelante mediante un debido proceso, que exige –en lo que aquí importa remarcar– que el encarcelamiento previo a la condena no se imponga a título de pena y sea empleado de manera excepcional.

Precisamente el marco normativo aludido precedentemente deja sin sustento argumentativo la pretensión defensiva de considerar que la norma contenida en el art. 295 inc. 4, punto b del CPP contradice los referidos principios.

En efecto, el art. 295 establece los casos en los que, habiéndose dictado una medida cautelar de prisión preventiva –sujeta a las reglas y principios antes señalados– debe ordenarse el cese de la medida, disponerse la libertad y efectivizarse inmediatamente, por distintas razones.

En síntesis, la regla que rige en nuestro procedimiento penal es que las personas acusadas deben transitar el proceso en libertad. Excepcionalmente, bajo ciertas condiciones, pueden ser detenidas cautelarmente. Esa medida, debe ser de aplicación restrictiva, debe asentarse en motivos jurídicamente identificados y debe ser proporcional a los propósitos que pretende alcanzar. Esta proporcionalidad supone que, legislativamente, se haya establecido como plazo máximo de duración de la medida el de dos años. Excepcionalmente puede ser prorrogado, por razones taxativamente determinadas en la ley procesal local.

Por su parte, en lo que aquí resulta conducente para la solución del caso, el inciso cuarto se ocupa de los casos en que cesa la medida cautelar por el transcurso del tiempo, cuando excede el plazo de 2 años sin haberse dictado sentencia.}

Ahora bien, el legislador local ha dispuesto excepciones a esa regla general. Según se desprende del segundo párrafo del inciso 4 del art. 295 del CPP, la duración de la prisión preventiva puede extenderse más allá del plazo de dos años sin que se haya dictado sentencia cuando ello responda a razones previstas en la ley, es decir, cuando la demora se vincule con: (i) la cantidad de delitos atribuidos al procesado; o (ii) la evidente complejidad; o (iii) la difícil investigación de la causa. La prórroga debe ser solicitada por el agente fiscal interviniente o –en su caso– por el querellante particular. Esa previsión de excepciones legales a la regla de duración de la prisión preventiva se especifica aún más según cuál sea la etapa procesal que transita el proceso concreto. De este modo, si la prórroga es solicitada por alguno de los sujetos legitimados durante la investigación penal preparatoria, el plazo máximo de la extensión que autoriza la ley adjetiva es de seis meses (art. 295, inc. 4 punto a del CPP). Mientras que si la prolongación de la detención cautelar fuera solicitada en la etapa de juicio, el legislador local permite que el incremento del lapso de tiempo de la privación de la libertad se prolongue hasta completar un período máximo de

tres años (art. 295, inc. 4 punto b del CPP). En conclusión, la interpretación literal, sistemática e integrada de ese dispositivo dentro del contexto normativo aludido impide sostener que se trate de una norma que desnaturalice el carácter excepcional que hace a la esencia limitada de la detención cautelar. Particularmente si se considera que, para solicitar aquella ampliación de la privación de la libertad, los sujetos legitimados deben invocar y fundar debidamente razones legalmente identificadas. Sobre la base de lo hasta aquí brevemente analizado, se advierte con palmaria claridad que la norma impugnada en su validez constitucional no transforma, como afirma la defensa, a la prisión preventiva en «regla». Por el contrario, se trata de una excepción de duración de una medida que, ya antes, mantiene su excepcionalidad al momento de definir su procedencia. Que la duración de la prisión preventiva pueda prolongarse por un plazo determinado –en la etapa de juicio- no implica una modificación en el estatus de excepción de la medida en sí misma. Las condiciones que determinan la procedencia de la prisión preventiva continúan definidas por circunstancias excepcionales (previstas en el art. 293 del CPP). 4.- En segundo orden corresponde analizar el argumento que señala que la norma en cuestión es inconvencional puesto que, según el criterio de la Corte IDH, la realización del debate no puede ser un motivo para prolongar la prisión preventiva. Una vez más, la defensa aplica a la prórroga de la medida cautelar un criterio destinado a la decisión sobre la procedencia de la prisión preventiva. Los precedentes que la defensa invoca en su beneficio son «Bayarri vs. Argentina», «Romero Feris vs. Argentina» y «Jenkins vs. Argentina». En el primero de ellos («caso Bayarri vs. Argentina», Sentencia preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pronunciada el 30 de octubre de 2008) la Corte IDH se enfocó en las condiciones para el dictado de la prisión preventiva y su control, aunque no estableció criterios concretos sobre su prórroga una vez dictada. En el caso, el peticionario Juan Carlos Bayarri fue detenido el 18 de noviembre de 1991 (párr. 59), fue presentado ante la justicia el 24 de noviembre de 1991 (párr. 66), y el 20 de diciembre de 1991 se dispuso la prisión preventiva, que se confirmó en apelación el 20 de febrero de 1992 y que se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 (párr. 71). En total, el señor Bayarri permaneció más de doce años en prisión preventiva, plazo durante el cual solicitó en tres oportunidades su excarcelación, la que fue denegada (párr. 72). En lo que aquí interesa, el Tribunal interamericano tuvo en cuenta que «[l]a prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar», y que las autoridades encargadas de valorar la pertinencia del mantenimiento de las medidas cautelares «[...] deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable» (párr. 74). Este precedente, si bien muestra el estándar interamericano relativo a la procedencia de la medida cautelar y su control, poco dice en relación con la decisión sobre la prórroga cuando se dispone para realizar o terminar un juicio de debate. Distinta es la situación en los otros dos precedentes que invoca la defensa. En el «caso Romero Feris vs. Argentina» (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de octubre de 2019) la Corte IDH abordó el caso del peticionario Raúl Rolando Romero Feris, quien fue detenido el 3 de agosto de 1999 y cuya prisión preventiva, dictada el 7 de octubre de 1999, se prorrogó sucesivamente hasta el 11 de septiembre de 2002 (párrs. 21, 22 y 23). Además, la privación de libertad de Romero Feris superó por cinco meses y ocho

días la última prórroga ordenada jurisdiccionalmente (párr. 80). En lo relevante para nuestro análisis, la Corte IDH sostuvo en este caso que «[...] para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas» (párr. 92). Además, la Corte IDH analizó concretamente el modo en que se había fundamentado la existencia de «peligro de fuga» en el caso de Romero Feris, y señaló que «[...] no es posible que la inminencia en la realización del juicio, sea un argumento para fundamentar el peligro de fuga [...]» (párr. 116). Lo mismo ocurre en el «caso Jenkins vs. Argentina» (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de noviembre de 2019), donde la Corte IDH analizó el caso de Gabriel Oscar Jenkins, quien fue detenido el 8 de junio de 1994, detención que fue convertida en prisión preventiva el 29 de junio de 1994 y que se extendió hasta el 19 de noviembre de 1997, tras ser absuelto del delito que se le acusaba (párrs. 42, 43 y 52). En lo que aquí interesa, la Corte IDH reiteró los criterios que ya había sostenido en «Romero Feris» respecto de los parámetros para evaluar la arbitrariedad de las medidas privativas de la libertad (párr. 74). También sostuvo que «[...] una de las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención es estar sujeta a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción [...]» y especificó que el límite de duración de la prisión preventiva debe ajustarse a lo razonable (párr. 84). También sostuvo que las autoridades encargadas de revisar la pertinencia del mantenimiento de las medidas cautelares deben ofrecer fundamentos suficientes sobre los motivos por los cuales se mantiene la restricción de libertad: «[...] son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea de forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse» (párr. 85).

En un apartado concreto la Corte IDH revisó la justificación que se había brindado en el caso de Jenkins para prorrogar la prisión preventiva (párrs. 95, 96 y 97). La Corte IDH consideró que las razones por las cuales se había prolongado la detención de Jenkins importaban una violación a la Convención. Esas razones versaron «[...] sobre (i) el estado procesal del procedimiento penal, (ii) la calidad de coautor en la comisión de los alegados delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y asociación ilícita, (iii) la pena fijada para dichas figuras, y (iv) el hecho de que no se daba ninguno de los supuestos contemplados por el artículo 317 del Código Procesal Penal de la Nación» (párr. 96). Bien, de la reconstrucción realizada es posible concluir, en lo que a este caso respecta que, según la interpretación de la Corte IDH, la prisión preventiva, para no afectar el derecho convencionalmente garantizado a la libertad personal (art. 7, CADH): i) debe ajustarse a parámetros de razonabilidad, asociados a la verificación de presupuestos

materiales de la existencia de un hecho presuntamente ilícito y de la participación de la persona acusada en él; y a una relación de proporcionalidad entre la medida cautelar y el fin que persigue, proporcionalidad que debe medirse tanto en relación con el tipo de medida como con su duración en el tiempo; ii) debe ser producto de una decisión motivada, y iii) debe ser revisable periódicamente la procedencia de la medida y, en cada ocasión en que se realice el control de su necesidad, las autoridades deben motivar sus decisiones.

Además, la Corte IDH ha abordado concretamente el caso de prórrogas de la prisión preventiva y ha sostenido que la inminencia del debate o el avance de las etapas del proceso penal no pueden constituir motivos para fundar el peligro de fuga. Este es el argumento que la defensa emplea para controvertir la convencionalidad del art. 295 inc. 4 punto b del CPP, aunque de lo dicho hasta aquí puede advertirse su inidoneidad para tal fin.

Es oportuno identificar una sutil pero relevante distinción en el objeto de los pronunciamientos de la Corte IDH. En los fallos reseñados, el problema que abordó la Corte IDH fue el empleo de la proximidad del debate para fundamentar la existencia de peligro de fuga y, más ampliamente, de riesgo procesal. Ello no es lo que ocurre en el caso que tratamos ahora, donde el riesgo procesal se ha fundado en ciertas razones –diferentes a la proximidad del debate–, nos encontramos en la etapa de juicio (en debate) y la realización del juicio ha sido empleada solamente como criterio para determinar la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva. Tal como se ha señalado al dar tratamiento al recurso de casación, la decisión sobre la procedencia de la prisión preventiva es diferente a la decisión sobre su prórroga.

El art. 295 inc. 4 punto b del CPP no autoriza a dictar la prisión preventiva sin plazo o a tomar en cuenta la proximidad del debate para fundamentar la existencia de riesgo procesal. Se trata de una norma que versa sobre un supuesto fáctico distinto: dictada una prisión preventiva, la razonabilidad de su duración –es decir, su proporcionalidad– toma en cuenta –entre otros parámetros– el dictado de sentencia y la etapa procesal.

5.- Lo dicho hasta aquí permite comprender por qué tampoco resulta procedente el tercer argumento esgrimido contra la convencionalidad del art. 295 inc. 4 punto b del CPP, que afirma que según la jurisprudencia de la Corte IDH la prisión preventiva no puede prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar, y que las autoridades nacionales deben valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares, ofreciendo fundamentos suficientemente motivados.

Tal como se ha señalado, la norma impugnada no niega estos extremos, y por tanto no puede ser tachada en su validez convencional ni constitucional. Que la norma establezca los casos en los que resulta procedente una prórroga de la prisión preventiva, limitada en el tiempo, no supone que la medida cautelar en sí misma pueda subsistir cuando no existen razones para ello. La norma cuestionada del Código Procesal Penal no contiene una proposición a partir de la cual se pueda afirmar que la prisión preventiva puede prorrogarse a efectos de realizar el juicio, aun cuando no subsistan las razones que justificaron su dictado. Tal sería el caso que propone la defensa. Sin embargo, el art. 295 inc. 4 punto b del CPP no contiene una proposición normativa de esa índole, como fue posible advertir antes.

6.- Algo similar ocurre con el cuarto y el quinto argumento que plantea el recurso. El cuarto sostiene que la norma impugnada permite el mantenimiento de la prisión preventiva sin plazo –contrariamente al

criterio de la Corte IDH–, y el quinto afirma que además, una detención sin plazo contraría al propio Código Procesal Penal, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Constitución Nacional.

Estos argumentos parten –a mi juicio– de un equívoco: considerar que un plazo determinable no es un plazo. La norma cuestionada dispone expresamente que la prisión preventiva puede prorrogarse, bajo ciertas condiciones y con cierto propósito, «[...] hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años [...]». Claramente la norma no presenta el problema de indeterminación que encuentra la defensa, y por tal motivo estos argumentos no pueden ser acogidos. Dicho con claridad, que el plazo límite de la prisión preventiva esté dado por un evento que debe tener lugar dentro de un término máximo -tres años- no equivale a la ausencia de plazo.

En el caso que nos ocupa la duración de la prisión preventiva dispuesta en relación a Kosaka Kumiko en los autos P-78/790/18 se encuentra dentro del término de tres años, y su prórroga fue dispuesta dentro de ese tiempo y hasta la realización del debate. De manera tal que el plazo de duración de la prórroga está determinado: la prisión preventiva de Kosaka Kumiko –quien se encuentra en la etapa de juicio– continuará hasta la finalización del debate, con una prórroga otorgada que puede extenderse dentro del término de tres años desde que comenzó.

De forma tal que el argumento no puede ser acogido, en la medida en que se asienta en premisas fácticas y normativas erróneas. La última parte del inc. 4 del art. 295 del CPP prevé una situación particular, otorgándole la facultad al Ministerio Público Fiscal o al querellante particular de oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate o concluir el ya iniciado. Sin embargo, se trata de un supuesto que no ha sido aplicado en el caso que nos ocupa y por ello no ha sido objeto del análisis precedente.

7.- Por último, encuentro que las menciones que ha efectuado la defensa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 18 y 28 de la Constitución Nacional no se han traducido en el recurso en argumentos concretos tendientes a demostrar una contradicción del **art. 295 inc. 4 punto b del CPP** con esas normas. Se trata de alegaciones genéricas insuficientes para impugnar el estatuto constitucional de la norma objetada.

8.- Por los motivos que he desarrollado a lo largo de las consideraciones precedentes, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad formulado también debe ser rechazado. En base en todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Gómez y Dra. Miquel. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JULIO R. GÓMEZ y SILVINA MIQUEL adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.** Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO R. GÓMEZ y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASI VOTO.** Sobre la misma los Dres. JULIO R.

GÓMEZ y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE: 1.- Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos en autos por la defensa de Kosaka Kumiko (arts. 474, 485, 486 y 489 del CPP). 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministra DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DRA. SILVINA MIQUEL Jueza de Cámara

41- VILLEGAS CALABRETTO. 15-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	198

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=741>

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 55 CP. Art.155, 198, 279, 411, 416 del CPP. Art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Convención de Belem do Pará. Ley 26061.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima menor. Introducción de dedos. Nulidad. Evacuación de citas. Consentimiento.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos– en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación por adolecer la sentencia de vicios in iudicando e in procedendo, arbitrariedad y falta de motivación. La víctima es una menor de 16 años, asevera el defensor que las relaciones fueron consentidas.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1364 (15-12-20), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga, 24-05-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio, 17-12-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez, 22-08-19, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello, 10-12-19, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Narváez Videla, 23-12-19, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón, 05-03-20, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Vega, 04-06-20, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita, 11-09-20, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Galdeano Reyes, 31-07-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontivero Arancibia, 22-05-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Merlo Lassa, 17-12-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

- Alaniz Piñeira, 23-04-19, <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Concha Jesús, 20-09-18, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Garrido Olivares, 29-07-20, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Di Cesare Morales, 26-06-19, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador, 10-09-19, https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- González, Mauricio

b-CIDH

- González y otras v. México. 16-11-09:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(A.V.)

Fallo:

VILLEGAS CALABRETTO AXEL DANIEL P/ ABUSO SEXUAL ... (724256) P/RECURSO EXT.DE CASACIÓN*105701667*CUIJ: 13-05519496-8/1((018602-724256)

En Mendoza, a los quince días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05519496-8/1 caratulada “F. C/VILLEGAS CALABRETTO, AXEL DANIEL P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 87/99 el defensor del acusado Axel Daniel Villegas Calabretto interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.364 de fecha 15 de diciembre de 2020 (fs. 69) y sus fundamentos (fs. 70/82 vta.), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal –dos hechos– en concurso real (arts. 119 párr. 3 y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en sala unipersonal en el marco de los autos N° P-724.256/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitían acreditar con certeza que los hechos ocurrieron del modo en que aparecen descriptos en la acusación fiscal. Esto es que «[I]a madrugada del día sábado 22 de junio de 2019, en horas no precisadas pero alrededor de las 04.00 horas, en el domicilio sito en el Barrio, ... casa, de ..., el aquí imputado Axel Daniel VILLEGAS CALABRETTO se encontraba recostado en una cama junto a la menor [F.V.F.T.] –de entonces 16 años de edad– oportunidad en que introdujo los dedos de su mano en la vagina, en contra de su voluntad. Frente a esta situación, la adolescente F. V. F. T. corrió al justiciable, sacándole la mano y continuó durmiendo. Minutos después, aprovechando que la víctima dormía, Axel Villegas introdujo su pene en la vagina de la menor [F.V.F.T.], a pesar de que la misma ya le había manifestado su negativa a mantener relaciones sexuales. Al despertar y advertir la situación, [F.V.F.T.] empujó al justiciable Villegas y se retiró de la habitación» (ver fundamentos, fs. 75 del legajo N° P-724.256/19).

Para entender que la plataforma descripta se encontraba corroborada, el sentenciante valoró, principalmente, el testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell, cuya credibilidad respaldó a través

de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios. En particular, la sentencia cuestionada repara en las declaraciones testimoniales rendidas durante el debate por F. H. F. B. y C. V. T. R. –ambos, progenitores de la víctima–, A. A. A. A., M. B. Z. C y M. S. Z. –amigas de la menor–. Cuadro probatorio que se completa con el resultado del informe elaborado por la Lic. Marisa Fusari del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS), y su declaración en juicio, y, además, con la restante prueba instrumental incorporada debidamente a la causa.

En función de ello, juzgó que la declaración vertida del acusado en ejercicio de su defensa material se encontraba desprovista de apoyo probatorio objetivo para erigirse como una hipótesis alternativa plausible que menoscabara o controvirtiera el valor convictivo de la versión ofrecida por la víctima.

2.- Recurso de casación

El defensor técnico del acusado promueve recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP. Ello, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando por errónea aplicación de la ley sustantiva – comprendiendo ésta el derecho procesal constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho procesal– y vicios in procedendo por inobservancia de las normas que el rito penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Al respecto, sostiene que el tribunal de juicio ha realizado un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de la base fáctica y su relación con la imputación penal en mérito a las pruebas colectadas en autos, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional. Vicio que se observa tanto desde un punto de vista formal como sustancial, refiriéndose en el primer caso a lo que hace a las estructuras constitucionales y las de los tratados internacionales con la misma jerarquía que fueron dejadas de lado en la sentencia y, por otro lado, la distonía entre las normas que informan el juicio justo, el debido proceso legal, el juicio previo y la igualdad ante la ley.

Con relación a la violación del derecho procesal, indica que la sentencia debería ser fulminada con la nulidad absoluta por carecer de fundamento como lo exigen los arts. 155 y 411 incs. 2 y 3 del CPP., impactando ello sobre el art. 198 inc. 2 y 3, 416 y 409 del mismo cuerpo normativo.

Además, sostiene el recurrente que la sentencia cuestionada ha impedido, conforme los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de ser oído por un tribunal independiente e imparcial, y ha negado el acceso a la justicia.

Refiere que los agravios principales se vinculan con la arbitrariedad e inmotivación de la sentencia con relación a la producción de las pruebas, las cuales entiende que han sido tergiversadas en ciertos aspectos, omitidas en otros, y, en definitiva, valoradas en contra de los intereses del acusado.

Manifiesta que los argumentos vertidos por la defensa en los alegatos fueron rechazados en la sentencia impugnada, a través de una argumentación absolutamente huérfana de motivación y con un análisis parcial de los hechos y de la prueba, lo que al mismo tiempo puso en jaque el principio de imparcialidad del juzgador, generando una sentencia nula de nulidad absoluta, por incongruente y arbitraria.

Señala que en la audiencia llevada a cabo en fecha 8 de diciembre de 2020, y en función de lo manifestado por el acusado, la defensa, de conformidad con lo normado por el **art. 279 del CPP**, solicitó al tribunal que se arbitraran los medios tecnológicos del Poder Judicial para que se corroborara lo que manifestó el

acusado respecto de la cuenta de Google correspondiente a Axel Daniel Villegas. A este pedido el representante del Ministerio Público Fiscal no se opuso y al que el tribunal hizo lugar.

Indica que en la audiencia del día 14 de diciembre de 2020, luego que el tribunal hiciera saber a las partes que había tomado conocimiento que se había realizado con éxito **la medida**, tomó la palabra el representante del Ministerio Público Fiscal quien, al aducir un supuesto **error del oficio**, **solicitó su exclusión probatoria por entender que esa prueba era conocida por el acusado de antemano**, que debería haber sido acompañada al momento de ofrecer prueba, cuando ese material fue ofrecido y aceptado por parte del órgano jurisdiccional en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar.

Advierte que lo apuntado fue denunciado en tres oportunidades, sin que el juez de sentencia se expidiera al respecto.

Entiende que la exclusión de prueba decisiva, que debió ser incluida ha sido arbitraria, con la consiguiente omisión de examinar prueba trascendente respecto de la responsabilidad penal del acusado en los hechos intimados.

Afirma que el tribunal de juicio contó con elementos probatorios que **desacreditan por completo las contradictorias declaraciones de la supuesta víctima y las testigos de cargo**, aunque fueron dejadas de lado por el sentenciante. De esta manera, refiere que la pieza atacada revela una errónea valoración de la prueba, lo que conlleva una inadecuada aplicación de la sana crítica racional.

En cuanto al incidente de nulidad articulado por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 249 del CPP respecto de los actos obrantes a fs. 94/95 y 254/255, estima que el tribunal ofrece un fundamento aparente y contradictorio para sustentar su rechazo.

Considera que resulta absolutamente errónea y desacertada la conclusión a la que se arriba en la sentencia sobre este tópico cuando afirma que, en aquellos dos actos, no se ha afectado ninguna garantía constitucional, y que tampoco se ha demostrado cuáles serían las defensas que el incidentante resultó impedido de ejercer durante el proceso.

Considera que existen falencias, inercias y contradicciones de la prueba rendida durante el debate, a las que se suman la falta de contenido incriminatorio de los elementos probatorios en cuanto al delito enrostrado. Todo ello, a su modo de ver, impide alcanzar el grado de certeza probatoria que precisa el dictado de un fallo condenatorio en cuanto a la participación de su representado.

En función de lo expuesto, solicita se anule la sentencia impugnada y se disponga la absolución del acusado, desde que estima que el tribunal de juicio ha realizado una errónea valoración de los elementos probatorios existentes, provocando falaces conclusiones en relación con la conducta que se le atribuye a Villegas Calabreto, además de omitir valorar prueba decisiva que desacredita que haya existido de su parte la acción típica que requiere la figura penal que se le atribuye.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confirió, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que debe ser sustancialmente rechazado (fs. 110/112).

En ese sentido, expresa que la lectura de la impugnación deducida revela que en ella no existe ninguna expresión de motivos de los agravios enunciados. Señala que las **incompletas referencias defensivas expuestas por el recurrente en su presentación, no alcanzan a constituirse ni tan siquiera en agravios concretos** que permitan al tribunal casatorio la revisión pretendida.

Advierte que si bien la admisión formal del recurso de casación ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte de la Nación («Casal»), también resulta claro que al menos la queja intentada debe explicitar motivos que permitan tanto al tribunal revisor de la sentencia, como al Ministerio Público Fiscal, expedirse sobre los mismos; situación que no la advierte en el presente recurso.

No obstante ello, en cuanto al agravio relativo a la exclusión de prueba decisiva, las constancias de la causa revelan que el tribunal se expidió al respecto, y se incorporaron las pruebas producidas como consecuencia de la evacuación de citas.

Asimismo, agrega que las pruebas que hasta la instancia de debate no fueron incorporadas, sea porque no fueron ofrecidas en el momento procesal oportuno, sea porque no surgieron como prueba nueva (art. 403 del CPP), o porque no surgen de la evacuación de citas (art. 279 del CPP), indefectiblemente va a ser rechazado su ingreso al proceso, por no proceder, sin que ello implique menoscabar derechos del acusado ni el debido proceso legal.

En cuanto a las consideraciones del recurrente acerca de la fundamentación aparente y contradictoria dada por el **tribunal al momento de resolver el incidente de nulidad planteado por el incumplimiento del art. 249 del CPP** en relación a los actos obrantes a fs. 94/95 y 254/255, estima que el argumento del sentenciante se ajusta a las constancias de la causa.

Considera, tal como lo hace el sentenciante, que el recurrente no demuestra cuáles son las defensas que se vio impedido de ejercer durante el proceso y que perjudican al acusado.

En función de lo expuesto, aconseja se confirme la validez de la sentencia impugnada toda vez que resultaron plasmadas en los fundamentos las respuestas a cada una de las argumentaciones bosquejadas por la defensa, las que fueron sustentadas con detalle por el tribunal de la instancia previa, por lo que aparecen sólidamente fundadas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que se expondrán a continuación– corresponde **rechazar sustancialmente la impugnación planteada** y, en consecuencia, confirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos.

De manera preliminar debe señalarse que la motivación de **la sentencia no adolece de las falencias que le endilga la defensa** pues, por el contrario y como se explicará, su fundamentación resulta expresa, clara, completa y lógica (L.S. 344-170, 349-14, entre otros).

A modo introductorio debo señalar que, si bien la defensa alude a la presencia tanto de vicios sustanciales como formales que, desde su perspectiva, descalifican la pieza atacada como acto jurisdiccional válido, lo cierto es que el contenido del recurso permite advertir que, en esencia, sus planteos se nutren esencialmente de argumentos dirigidos a demostrar que **el tribunal de la instancia anterior ha**

inobservado normas que la legislación procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad –vicios in procedendo–.

En ese terreno crítico, es posible identificar dos puntos de agravio escindibles. Por un lado, aquel mediante el cual se **reitera el planteo de nulidad efectuado durante el debate con relación a la validez de actos procesales ocurridos durante la investigación penal preparatoria**, en el que se controvierten en esta instancia extraordinaria las razones ofrecidas por el sentenciante para fundar oportunamente su rechazo. Por otro lado, la disconformidad del recurrente con el modo en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba incorporados a la causa para determinar la responsabilidad penal de Villegas Calabreto en los hechos que constituyen el objeto del presente proceso, desde donde alega violación a las reglas de la sana crítica racional.

De tal modo, a efectos de exponer de manera clara las consideraciones que me conducen a rechazar el recurso de la defensa, razones de estricto orden lógico y metodológico sugieren comenzar con el abordaje del planteo nulificante incoado por el recurrente, pues el mismo repercute sobre la conformación del plexo probatorio que acompaña la causa. Seguidamente, se afrontará la revisión sobre la tarea valorativa desarrollada por el tribunal a quo que derivó en el dictado del fallo condenatorio censurado.

4.1. Acerca del planteo de nulidad

El defensor técnico del acusado califica de «aparente» y «contradictoria» la fundamentación dada por el tribunal de sentencia al rechazar el planteo de nulidad articulado al momento de exponer sus alegatos de clausura del debate, vinculado con la validez las piezas que rolan a fs. 94/95 y fs. 254/255 por el supuesto **incumplimiento de lo normado por el art. 249 del CPP**. En ellas se instrumentaron, respetivamente, el examen psiquiátrico realizado por personal del Cuerpo Médico Forense al acusado, y la Cámara Gesell practicada a la víctima por profesionales del EDeAAS.

Sin embargo, el relevamiento de las constancias de la causa demuestra que no es posible acoger el planteo defensivo, en el sentido que descarta –al igual que lo hace el sentenciante– el alegado **incumplimiento de las formalidades previstas en la ley** en la realización de aquellas actuaciones. Esto es, que la referida prueba haya sido sustanciada **al margen de la intervención de la defensa técnica del acusado, al no haber sido oportunamente notificada de ello**.

En primer lugar, comparto con el juez de la instancia previa su afirmación respecto a que el decreto que ordenó la realización del **examen psiquiátrico del acusado a los términos del art. 97 del CPP**, ha sido debidamente notificado a quien, por entonces, ejercía la defensa técnica del mismo –Décimo Tercera Defensoría de Pobres y Ausentes–, a quien, a su vez, se le otorgó efectivamente el plazo de ley para que propusiera perito de control.

La compulsión de la mencionada resolución judicial, agregada a fs. 72/73 de los autos principales, junto con la constancia efectuada de puño y letra por el Codefensor Oficial al momento de la notificación de su contenido, acreditan de modo suficiente aquellos dos extremos. Es decir, que la defensa del imputado fue notificada con la debida antelación a la realización de la actividad procesal cuestionada, además de la adecuada concesión del plazo de ley para proponer un perito de parte; al que, bien vale señalar, el letrado expresamente renunció (ver fs. 79 vta.).

Este argumento se refuerza si tenemos en cuenta que previamente a la realización de las entrevistas en las que se practicó el examen al acusado, ocurridas sucesivamente en fecha dieciocho y veintidós de julio

del año 2.019, éste propuso nuevos letrados a los fines que ejerzan su defensa técnica (fs. 91), quienes aceptaron el respectivo cargo en fecha diecinueve de julio del mismo año (fs. 92).

Entiendo que esa cronología en las referidas actuaciones adquiere relevancia a la luz de todo lo actuado en el expediente hasta la etapa del juicio, pues en ningún pasaje del proceso se comprueba que la defensa haya cuestionado de algún modo la validez de aquella actuación, instando dentro de la etapa procesal oportuna, su nulidad.

Sino que, como se dijo al comienzo, esta pretensión nulificante se hizo expresa recién al momento de presentar sus alegatos de cierre.

En segundo lugar, idéntica solución se impone en el tratamiento dedicado en los fundamentos del fallo al reclamo defensivo referido al examen “Post Cámara Gesell” ordenado por la fiscalía interviniente, solicitándole al E.De.A.A.S. se entreviste nuevamente a la víctima de autos.

Ello a los fines de evaluar, entre otras cuestiones, su funcionamiento intelectual, la credibilidad de sus dichos, además de la presencia o ausencia de indicadores de abuso sexual infantil específicos e inespecíficos, como también, la influencia de factores externos (fs. 216). Medida cuya realización y resultados se instrumentaron en el informe que rola agregado a fs. 254/255.

La afirmación que precede se justifica mediante la compulsión del derrotero procesal que tuvo lugar con anterioridad a ese decreto. Pues, por un lado, esa resolución ha sido debidamente notificada a las partes, especialmente a la defensa técnica, conforme constancia de emisión de cédula inserta en el margen inferior izquierdo de la misma resolución.

Por otra parte, con acierto el sentenciante destacó que la defensa del acusado había propuesto con antelación un perito de control (fs. 139) para que intervenga tanto en la entrevista preliminar, como en la declaración de la menor en Cámara Gesell (fs. 126).

Cargo que fue aceptado por el perito propuesto –Lic. Mauricio Viejo– (fs. 146) y que habilitó su intervención en las actuaciones mencionadas (fs. 148).

Con lo cual, comparto los argumentos utilizados por el tribunal de la instancia anterior para justificar **el rechazo del planteo nulificante de la defensa**. Así, por un lado, resulta adecuado y válido interpretar que la designación anterior en la causa de un perito de control para que intervenga en actos que son inherentes a su especialidad –entrevista preliminar y entrevista de Cámara Gesell– es extensiva o, mejor dicho, comprensiva de una actividad que resulta esencialmente vinculada con ellas –entrevista posterior a la Cámara Gesell–.

Por el otro, debe tener presente que se trata de actuaciones que deben reputarse como sucesivas y complementarias para la recepción de la declaración de víctimas menores de edad en el marco de un proceso penal.

Pero aún cuando se consideraran aisladamente cada uno de esos actos, entendiendo que hace al efectivo ejercicio del derecho de la defensa la facultad de proponer sucesivamente distintos peritos de control para cada uno de esos actos, tampoco ello permite desacreditar la decisión adoptada por el juez de la instancia previa en los términos aquí resistidos. Repárese que los fundamentos del fallo dan cuenta que la Fiscalía que requirió la medida de prueba complementaria, también contempló aquella posibilidad, y le

concedió nuevamente a la defensa «el plazo fatal de 72 hs. hábiles para que proponga perito de control» (fs. 216).

La compulsa de las actuaciones posteriores a esa resolución verifica que **esa facultad no fue ejercida por la defensa técnica del acusado**, puesto que no existe constancia alguna que acredite la proposición de un nuevo perito de control, o bien, que ratifique para el caso al Lic. Mauricio Viejo. Estrategia procesal que impide configurar un perjuicio concreto generado por la realización del acto cuestionado por la defensa por haberse realizado sin la participación de un perito ofrecido por la parte interesada.

En función de todo lo expuesto, descartada la inexistencia de fundamentación alegada por el recurrente, comparto la posición alcanzada en este punto por el sentenciante cuando **rechaza la incidencia de nulidad en virtud de la inexistencia de afectación de garantías constitucionales, además de la falta de demostración de interés concreto por la parte peticionante.**

Circunstancia ésta que también se observa en el recurso aquí en trato, desde que no logra siquiera abstractamente indicar, ni mucho menos demostrar, cuáles serían las defensas que el incidentante resultó impedido de ejercer durante el proceso.

Este criterio también ha sido afirmado en diferentes oportunidades por esta Sala Segunda que, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 325:1404, considerando 7°, 330:4549, 334:1081, entre otros) expresó que «[...] **[!]a nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige como presupuestos esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho.** De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un **formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas**, en lo que también está interesado el orden público [...]» («Videla, Alberto»).

Por tal motivo, el planteo defensivo no puede tener acogida favorable en esta instancia.

4.2.- Consideraciones en torno a la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de juicio

Resuelta la cuestión atinente a las nulidades planteadas por la defensa, corresponde continuar con el examen del presente caso. En lo sucesivo, se examinará la prueba meritada por el tribunal de la instancia anterior para, desde allí, determinar si **aquellos hechos** que la sentencia tiene por **acreditados, como también la responsabilidad penal que le ha sido atribuida al acusado sobre los mismos, son extremos que han resultado demostrados** con el grado de certeza probatoria que exige el dictado de un fallo de condena. Como se adelantó al comienzo, considero que esa labor valorativa desarrollada por el sentenciante, **no adolece de los vicios** que le atribuye la defensa, por lo que debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido. Paso a explicarlo.

En términos generales, debo señalar que la **crítica defensiva sólo enumera de modo genérico e impreciso pretendidas falencias en el razonamiento de la sentencia**, mediante la invocación de lagunas argumentativas, contradicciones y omisiones, sin concreción alguna.

Esto tiene lugar en dos planos: en la mención de pruebas y contradicciones que no habrían sido considerados; y, lo más importante, en el efecto que el eventual error tendría en el razonamiento seguido por el tribunal para tener por acreditados los hechos. En otras palabras: **las críticas que expresa la defensa son indeterminadas** y no explican cómo las supuestas falencias conducirían, de alguna manera, a la absolución del acusado.

Sin perjuicio de ello, entiendo que el análisis de la resolución cuestionada y de las constancias de la causa revela que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó el sentenciante, fundado en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol defensivo, más no desde una visión integral de los hechos sometidos

a juzgamiento y sin aportar razones que avalen la anulación de la resolución que cuestiona. Además, no puede desconocerse que el recurrente—con las limitaciones señaladas previamente— reedita en esta instancia los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la resolución que hoy cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

Efectuadas estas consideraciones, el esquema que seguiré para justificar la decisión en el sentido ut supra adelantado es el siguiente. En primer lugar, comenzaré por destacar las particularidades que asume **la valoración de la prueba en el marco de los procesos penales en los que —como en autos— se juzgan delitos sexuales cometidos contra una víctima mujer que, al tiempo de los hechos, era menor de edad (A.S.I.)**

(i). Luego abordaré los limitados cuestionamientos señalados por el recurrente (ii).

Intimidad. Clandestinidad. Carencia de testigos directos.

2.i.- En los casos vinculados con delitos sexuales, su característica principal en un número importante de casos es la **clandestinidad**, lo cual excluye generalmente la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado. Se trata de hechos que se producen en ámbitos **de intimidad**, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas en los que, además, suele ocurrir con frecuencia que **tampoco quedan evidencias físicas que sirva para acreditar la existencia material de los mismos**, tales como lesiones o rastros de material genético. Por tal motivo, **el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso.**

VG. Mujer. Múltiples ofensas de gravedad progresiva.

Cuando en ese escenario fáctico se adiciona que la víctima es una **mujer**, tal como se verifica a través de las constancias de la causa que se tienen a la vista, ello determina que el caso se enmarque dentro de lo que supone la **«violencia en contexto de género»**, lo que refuerza —como dato incontestable de la realidad— el valor sustancial que tiene el testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos —delitos contra la integridad sexual—.

Por lo cual, si bien **se exige una especial cautela en su valoración**, nada impide que tales testimonios resulten aptos y suficientes para formar criterio, máxime si los mismos aparecen como **coherentes y se compadecen con pruebas que los corroboran.**

Precisamente el «contexto de violencia», comprendido como **un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios.**

Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio **al fenómeno pluriofensivo** de la violencia en el particular contexto, en el

que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, **atentados contra la libertad sexual**.

Precedentes. Igualdad. Art. 16 de la CN

Situados dentro de ese marco o contexto fáctico, he sostenido **en reiterados pronunciamientos anteriores («Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín T.» entre otros, a los que me remito en lo pertinente), que en aquellos casos en que la víctima de un delito sexual reviste la condición de mujer, no resulta facultativo o discrecional para los tribunales de justicia en general, y penales en particular, decidir adoptar o no la perspectiva de género al tiempo ponderar las pruebas que se encuentran a su alcance en el marco de un proceso judicial.**

Por el contrario, opera en esa labor el **deber jurídico de asegurar que la valoración probatoria contemple especialmente las situaciones de vulnerabilidad o asimetrías de poder** que son características del contexto en el que se desarrollan estos comportamientos delictivos. Pues, precisamente, el cumplimiento de ese deber **asegura el principio de igualdad en la valoración de la prueba con relación a todas las personas. Principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y, con mayor profundidad, en el art. 7 de la Constitución de Mendoza.**

Obligación del Estado. Belem Do pará.

Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su «integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial» (art. 3 inc. c).

Menor de edad

A su vez, estimo que la ponderación de los diversos elementos prueba encuentra algunas otras particularidades cuando, además de tratarse de una víctima que es mujer, el sujeto pasivo es una persona **menor de edad**. Pues ello implica que la víctima pueda ser considerada como doblemente vulnerable: por ser mujer y por su minoridad.

El Estado argentino ha asumido una serie de compromisos internacionales a efectos de asegurar un efectivo acceso a la **justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**, particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que **la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos** funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una **garantía de derecho a la verdad**.

Entiendo que esa doble condición que atraviesan a estas personas, las hacen titulares, a su vez, de una doble protección jurídica de parte del Estado, dado que cada una de esas condiciones (mujer y menor de edad) demandan un especial resguardo por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Control de logicidad en menores

En este contexto fáctico, también resulta pertinente señalar que este Tribunal ha sostenido que, tratándose de una víctima menor de edad, constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño, niña o adolescente no puede ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad.

Ello es claramente reconocido por la psicología, la que además recomienda **acompañar tal valoración con las conclusiones de las pericias psicológicas que se practiquen sobre la víctima.**

Directrices de la ONU

Lo dicho, además, se encuentra en plena sintonía con las **directrices instituidas** en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la **“fiabilidad de la declaración del niño” en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble** (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20) (in re «Vega, Héctor Damián»)

CND. Ley 26061

Lo apuntado resulta consecuencia necesaria del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, reconocido y protegido a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF). Mientras que, a nivel nacional y provincial, lo son mediante diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Instrumentos que aquellos documentos mencionados anteriormente toman como base.

Trauma. SA de su Grupo de confianza.

A lo advertido precedentemente debe agregarse que frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación –caso de autos– o ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el **abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba. Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».**

Conforme lo expuesto, sostengo que en casos como el aquí analizado, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, deben considerarse las normas dirigidas a la **protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas**, de acuerdo al contexto particularmente dificultoso que presentan probatoriamente los delitos sexuales (ver al respecto, las consideraciones realizadas en mi voto en el precedente **“Zurita”**). Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no irrumpa por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

2.ii.- En lo que respecta al caso bajo análisis, no obstante la deficiencia argumental de la defensa mencionada anteriormente, con esfuerzo por interpretar el contenido material de la censura, se puede observar que la defensa impugna la contundencia del caudal probatorio reunido contra el acusado para concluir en un juicio de certeza respecto a la autoría de su asistido en el hecho enrostrado, como también, la motivación del razonamiento judicial.

Lo cierto es que no acierta el recurrente en ninguno de estos planteos, por cuanto entiendo que el acto impugnado se encuentra satisfactoriamente fundado.

En primer lugar, debe señalarse que los lineamientos que deben guiar el proceso valorativo de la prueba cuando se trata de juzgar comportamientos delictivos como el aquí investigado y que fueron destacados en el apartado 2.i, han sido respetados por el tribunal de la instancia anterior.

En este sentido, el proceso de valoración probatoria de los hechos del juez de sentencia da cuenta de ello. En efecto, al momento de determinar los hechos que consideró probados, la declaración de la víctima, de dieciséis años de edad a la fecha de los hechos, encuentra un lugar preponderante dentro de su razonamiento del sentenciante.

Ello encuentra sentido desde que la credibilidad asignada a esa declaración es producto de un abordaje valorativo efectuado desde una doble perspectiva de validación: por un lado, mediante el examen de su coherencia interna; y, por otro, la relación de ese medio de prueba con otros elementos de corroboración externa. Así, sobre este último aspecto, el enfoque valorativo utilizado por el juez se integra con la realización un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba incorporados debidamente a la causa, de acuerdo con los principios que integran el sistema de la sana crítica racional, cuyo apartamiento de ningún modo el recurrente logra demostrar.

En segundo lugar, debe destacarse que la sentencia expone de manera clara y suficiente no sólo los motivos por los que considera acreditada la hipótesis acusatoria, sino las circunstancias por las que entiende que la versión desincriminatoria no puede prosperar. Para lo cual, se refutan los dichos de Axel Daniel Villegas Calabreto, quien declaró en ejercicio de su defensa material, como los planteos efectuados por su defensa técnica en sus alegatos de clausura.

De esta manera la resolución cuestionada realiza un adecuado análisis de la prueba incorporada para arrojar certeza sobre dichos extremos de la acusación, puesto que no sólo repara en el contenido de la declaración de la víctima en Cámara Gesell. También, analiza de modo integral, coherente y contextualizado el resto de los elementos probatorios, los que certifican sus dichos.

Precisamente ese tramo analítico de los fundamentos del fallo sella la suerte adversa del recurso en trato, pues descarta la alegación defensiva de arbitrariedad y falta de motivación en la solución judicial del caso.

En primer lugar, entiendo que los elementos de prueba analizados por el tribunal de la instancia anterior, guardan una ajustada razonabilidad de cómo ocurrieron los hechos y en las circunstancias de su realización. En este aspecto debe destacarse que la menor, en el marco de la entrevista realizada en Cámara Gesell, encontrándose en un espacio de dialogo, no hizo más que reflejar y describir con claridad y contundencia los acometimientos sexuales de los que resultó víctima de parte quien, por entonces, era su pareja. Acto procesal que contó con la participación de un perito de control propuesto por la defensa –Lic. Mauricio Viejo– (ver fs. 148 del expediente principal).

Considero acertada la meritación del sentenciante cuando refiere que el discurso de la víctima se presenta internamente como **coherente y lógico**, desde que la claridad del relato, y su correspondencia entre los distintos datos que integran su declaración, contribuyen a aumentar su grado de credibilidad.

Así, de la lectura de la deposición interpretada por el juez se observa **un relato sin fisuras**. Según se desprende del desgrabado parcial de esa entrevista, la víctima declaró expresamente que «[d]espués, como a las cuatro y media o cinco, subimos a dormir. Yo me dormí y cuando me desperté estaba tocándome. Le dije que dejara de hacerlo. El se enojó. Yo me di vuelta y seguí durmiendo y cuando me desperté estaba con la ropa abajo, él también y él estaba penetrándome. Yo estaba con la ropa abajo». Preguntada por la profesional, en relación al segundo hecho, describió que «[m]e estaba penetrando por la vagina». A lo que agregó que «[...] desperté, le dije que saliera, se hacía el duro como que no quería salirse. Se salió y me dijo que no estaba haciendo nada. Me enojé y lo empujé» (ver fs. 149/151 del expediente principal).

De modo tal que, de acuerdo a lo expuesto por la víctima, el acusado abusó sexualmente de ella en dos oportunidades. En el primer episodio narrado, el comportamiento

delictivo del imputado se materializó mediante tocamiento en la zona vaginal –lo que luego, gracias al aporte de testigos que depusieron en la causa, en particular, de María Belén Zuñiga, resultó ser la **introducción digital en dicha zona de su cuerpo** por parte del acusado–. Mientras que, en el segundo hecho, lo concretó a través de la penetración por vía vaginal con su órgano sexual –pene–.

Contexto fáctico al que se adiciona un común denominador, configurado por **la inexistencia de consentimiento libre y voluntario de la víctima para la práctica sexual**, y el **aprovechamiento de esa situación por el acusado para acometer sexualmente contra ella**.

Según lo descripto en su declaración, la menor se encontraba durmiendo, lo que revela una circunstancia fáctica suficiente para demostrar que no se hallaba en condiciones de consentir el acto sexual. A lo que se suma que, no obstante esa situación, ya colocados ante el segundo acometimiento, ocurrido momentos más tarde del primero, en el que también se encontraba dormida, el comportamiento del acusado motivó la reacción de la víctima, quien no sólo despertó, sino que interrumpió la acción ofensiva de su integridad sexual, a través de actos concretos de rechazo, empujando al acusado.

Dada la contundencia probatoria de ese relato, resulta llamativo que **en ninguno de los tramos de su escrito recursivo, el defensor realizara una valoración crítica sobre su contenido que permita, siquiera mínimamente, rebatir, contrarrestar o refutar los argumentos brindados en la sentencia** para sustentar el grado de veracidad que –adecuadamente– se le reconoce y, de esa manera, revertir las conclusiones alcanzadas a partir de ella en la pieza atacada. Se suma a ello la **ausencia de una propuesta fáctica alternativa a la versión** de la víctima que, **dada por su plausibilidad, hesite de algún modo determinante**

la contundencia de su relato en cuanto a la existencia material de los hechos juzgados y la responsabilidad penal del acusado.

Sin perjuicio de ello, estimo que la evaluación del juez a quo cuando valora y califica el relato de la víctima como «creíble y veraz», no presenta los vicios aludidos por la defensa en su escrito casatorio. Es decir, no se trata de una valoración antojadiza ni arbitraria, ni mucho menos responde a una labor sesgada u omisiva, que deliberadamente persiga perjudicar al acusado.

Por el contrario, la labor de ponderación de la versión de la menor como hipótesis explicativa de los hechos, se sustenta en el análisis razonado y contextualizado de los testimonios recogidos a lo largo de la investigación penal preparatoria y durante las audiencias de debate. A lo cual se suman los informes psicológicos agregados en autos, y las explicaciones efectuadas en el juicio por alguna de las profesionales a cargo de su realización. Elementos que, en lo sustancial, **muestran suficiente coincidencia con la descripción de los hechos efectuada por la menor en Cámara Gesell.**

Elementos periféricos. Persistencia en la incriminación. Credibilidad del testimonio. Precedentes.

Este mecanismo de validación de testimonios resulta coherente y coincidente con los lineamientos que, en general, ha señalado esta Sala, en cuanto que resulta adecuado puesto que el hallazgo de elementos periféricos que corroboren los extremos de la declaración, así como la persistencia en la incriminación, resultan criterios determinantes para otorgar credibilidad al testimonio de la víctima (v. autos «Estrella Amaya», «Zeballes Verduguez» y «Moreira Arce»).

Mientras que, en lo particular, y como ya se analizó, se adecua correctamente a los parámetros de valoración de prueba para casos de delitos sexuales.

En este sentido, el juez afirmó que «[l]a declaración de [la víctima] constituye prueba idónea y suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, a consecuencia de haberse demostrado la **ausencia de móviles espurios, prontitud en la radicación de la denuncia, persistencia, verosimilitud y coherencia** en las declaraciones, así como corroboración a través de algunos datos suplementarios» (ver fundamentos, fs. 81 vta. Del Legajo).

La **solidez probatoria** en la que se sustenta el nivel de certeza alcanzado en la sentencia sobre la existencia de los acometimientos sexuales por parte del acusado se corrobora en el razonamiento del tribunal, también, con la valoración de los restantes testimonios obrantes en la causa, entre ellos, las declaraciones de de F. H. F. y de C. V. T. R. –progenitores de la víctima–, sobre cuyos términos observo un adecuado tratamiento por parte del sentenciante. Es que, si bien su contenido no resulta alcanzado por ninguna crítica concreta de parte del recurrente, **el sentido cargoso asignado a sus dichos resulta indudable**, pues se presentan como elementos periféricos que corroboran la credibilidad del relato de la víctima en Cámara Gesell.

Basta aquí mencionar que a través de ambos relatos realizados durante el debate oral, que a su vez se muestran esencialmente idénticos a sus dichos en el marco de la investigación penal preparatoria (ver acta de denuncia de fs. 1/3, fs. 34/35 vta.), se confirma **la descripción que hiciera la menor acerca de los hechos investigados, así como también, el momento en que tomaron conocimiento de lo sucedido.** En efecto, aquéllos declararon que su hija concurrió el día viernes veintiuno de junio del año 2019 junto a su novio –hoy imputado– a la casa de un amigo de este último, con motivo de un festejo de cumpleaños. A

ello agregaron que la revelación de lo ocurrido lo fue a partir de una conversación que mantuvieron el día domingo con la menor.

En línea con ello, adquiere particular trascendencia la información suministrada por ellos acerca del estado anímico en el que se encontraba su hija al momento de comunicarles lo ocurrido con el acusado la noche del hecho. Al respecto, se observa una descripción coherente y coincidente, pues ambos señalaron que la víctima «lloraba permanentemente», «temblaba», que «estaba muy nerviosa» (ver registros audiovisuales, audiencia 09/11/20, a partir de 00:10:05).

Aspectos que desde ya revelan el correlato emocional que los hechos le causaron a la víctima y que, como se verá, también fueron detectados por las profesionales que abordaron psicológicamente a aquélla durante el desarrollo de la investigación penal preparatoria.

Asimismo, acierta el juez cuando, en el mismo sentido de valoración, incluye el testimonio de M. S. Z., amiga de la víctima, a quien ésta le contó personalmente –horas más tarde– lo ocurrido, comunicación que se produjo en horas de la tarde del mismo día en que se produjeron los hechos objeto del presente proceso. La testigo, al igual que su madre –M. B.Z.–, **presenció la revelación de los hechos, y aportó datos que ratifican las circunstancias fácticas detalladas por la menor, además de aportar información relevante sobre el contexto y demás detalles a los que hizo referencia en oportunidad de declarar** en Cámara Gesell (fs. 151). Estos elementos le permitieron al juez corroborar la credibilidad de los dichos de la menor.

Conviene destacar que la testigo M. S. Z. declaró coincidentemente durante la investigación (fs. 174/176 de los autos principales) y en debate (audiencia 10/11/2020) que presenció una comunicación a través de la red social Instagram entre su amiga –víctima– y el acusado, sucedida en horas de la noche del mismo día –sábado– en que se produjeron los hechos.

De la existencia de esa conversación dan cuenta las capturas de pantalla aportadas y agregadas al expediente (fs. 04 y vta., y fs. 36 de los autos principales), que han sido debidamente incorporadas al debate como prueba instrumental (ver fundamentos, fs. 71 del Legajo).

En la misma línea se inserta el testimonio de A. A. A., amiga en común de la víctima y del acusado, quien además le proporcionó a M. B. Z. una serie de capturas de pantalla de conversaciones que la testigo mantuvo con el acusado, también, en horas de la noche del mismo día –sábado– en que se produjeron los hechos. Elementos que fueron facilitados a la fiscalía interviniente durante la etapa de investigación (fs. 177/179 de los autos principales), y que luego ingresaron válidamente al debate luego (ver fundamentos, fs. 71 del Legajo).

Comparto con el tribunal de juicio en que si bien las copias simples que contienen las capturas de pantalla aludidas «[p]or sí solas no demuestran la existencia de las conversaciones allí transcritas [...] la circunstancia de que una de las protagonistas de la conversación confirme la veracidad de esos diálogos cambia completamente el panorama [pues] si un interlocutor afirma con total seguridad que sostuvo una conversación por medio de Instagram o Whatsapp, y ratifica esa postura en la medida que la ve reflejada en una captura de pantalla obrante en copia simple, no hay motivo para dudar de la veracidad esas manifestaciones, cuando de otra parte no se ha probado que hubiera intervenido un impostor» (ver fundamentos, fs. 79 vta. del Legajo).

En ambos casos, al demostrarse que ambas conversaciones efectivamente existieron, y que los interlocutores involucrados son, en una de ellas, la víctima y el acusado, y en la otra, este último con la testigo A. A. A. –amiga de la menor– (ver fundamentos, fs. 80 del Legajo), entiendo ajustado a las reglas de la sana crítica racional valorar las copias en las que obran las capturas de mención como elementos que engrosan el cuadro convictivo de cargo. Pues las expresiones captadas digitalmente de esos diálogos, dan cuenta que el acusado narra y describe a distintas personas los hechos acontecidos, haciéndolo –en los aspectos esencialmente relevantes– en sentido coincidente con la víctima de autos.

A su vez, la declaración de M. B. Z. es interesante por cuanto, no sólo se trata de una persona adulta, madre de una de las amigas de la víctima. Sino porque en ella, la menor extendió su confianza y le narró con mayor profundidad –horas después de ocurrido el hecho– lo acontecido.

Como bien lo apunta el sentenciante, esta testigo confirma que el primer hecho no consistió solamente en tocamientos inverecundos en la zona vaginal (ver fundamentos, fs. 76 del Legajo). Conclusión que adecuadamente se comprueba a través de la reproducción de las constancias audiovisuales de la audiencia respectiva. En particular, del pasaje de su declaración cuando, a instancias del fiscal, y previa autorización del tribunal de juicio, luego de dársele lectura a una parte de su testimonio producido durante la etapa de investigación, ratificó su contenido. Esto es, que la víctima le contó que «mientras estaba dormida, Axel la empezó a tocar. Le metió los dedos en la vagina [...] se despertó. Le dijo “terminala, ya te dije que no” o algo similar. Ella siguió durmiendo, hasta que en un momento se despertó y descubrió que Axel estaba encima de ella y ya la había penetrado con su pene» (ver declaración, fs. 18 y vta. del expediente principal).

Ahora bien, no obstante lo apuntado precedentemente, no puede obviarse que la veracidad de los dichos de la menor se corrobora -también- con otros elementos probatorios independientes. En este sentido, y de acuerdo a los lineamientos señalados precedentemente en materia de abuso sexual infantil intrafamiliar, un lugar especial encuentra el resultado del examen psicológico que le fuera practicado a la menor por profesionales del **Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EdeAAS)**, obrante a fs. 254/255. Informe –sobre cuya validez me expedí en el acápite precedente– incorporado al debate como prueba instrumental (ver fundamentos, fs. 71 del Legajo), cuyo contenido ha sido ratificado –y ampliado– en el marco del contradictorio mediante la declaración de una de las psicólogas que estuvo a cargo de su realización –Lic. Marisa Fusari– (ver registro audiovisual, audiencia 10/11/2020, a partir del min 00:01:23).

El peso convictivo de esa pieza también resulta indubitable desde que, como bien lo rescata la sentencia, **representa un apoyo objetivo a la credibilidad del relato de la menor** y, por tanto, de la hipótesis acusatoria.

Vale recordar que en el referido instrumento, en cuanto a aspectos vinculados con la **credibilidad de sus dichos, los profesionales intervinientes en la entrevista dan cuenta que «[la víctima] presenta un relato organizado, espontáneo y coherente**. El mismo posee estructura lógica, otorga **detalles de contexto y situación, con anclaje temporal de los hechos** que refiere. Aporta interacciones mantenidas con el denunciado e intercambios verbales con quien, al momento de los hechos, habría sido su novio y a quien identifica como Axel Villegas [...] Por lo expuesto, su relato reúne elementos que le otorgan credibilidad».

Indicadores específicos e inespecíficos

También allí se precisa que se constataron **indicadores específicos e inespecíficos de abuso sexual infantil**. En ese orden, se alude a que el relato de la menor se «[a]compaña de un estado emocional compatible con angustia, malestar interno, vergüenza e inhibición [...]», además de que «[p]roducto de dicha experiencia habrían acontecido modificaciones en su estado anímico, emergiendo angustia acompañada de llanto espontáneo, que le habría conducido a presentar conductas de aislamiento social y reticencia a salir de su domicilio. De igual modo, se habría visto alterada su conducta del sueño, habiendo presentado sueño intermitente y una prolongación de las horas de descanso durante el día. Asimismo, refiere haber experimentado incomodidad y malestar en el ámbito escolar [...] recibiendo comentarios ofensivos por parte de sus compañeros».

De acuerdo con ello, las psicólogas intervinientes concluyeran que «**[la] vivencia se ha constituido en psicotraumática**», sugiriendo «**[s]u incorporación en un tratamiento psicoterapéutico**» (ver informe, fs. 254/255). Aspectos que han sido omitidos llanamente por el recurrente.

Se advierte que la ponderación de ese elemento probatorio aparece adunado en la sentencia junto con el testimonio prestado en debate por la **Lic. Fusari** quien, además de participar de la entrevista previa con la menor a los fines de conocer si estaba en condiciones de prestar testimonio, intervino en realización de la Cámara Gesell (fs. 148/151 vta.) y de la entrevista posterior, de la que da cuenta el referido informe.

La profesional ratificó que la credibilidad de los dichos de la menor la observó luego de comprobar que se trataba de «un relato que se sostiene a lo largo de las distintas intervenciones [...], hay una coherencia, una consistencia de esos dichos que se mantiene en el tiempo» (min. 00:08:50), puntualizando además sobre aspectos relevantes del testimonio para comprender la dinámica que asumieron los acontecimientos desde la perspectiva de la víctima.

Explica en este sentido que el modo en que la víctima describía la relación de noviazgo que mantenía con el acusado, esto es, «como una relación muy buena, que eran como amigos más allá de novios, que había una relación de confianza», compatible con el modo en que la víctima se enfrentó a lo acontecido. Ello al observar que «[t]iende a minimizar situaciones de

conflicto que se habían dado antes, tanto desde el punto de vista de los celos [...] como así también, otras situaciones en las que él [por el acusado] ya había intentado forzarla a mantener contactos sexuales sin que ella quisiera. Esto era motivo de discusiones, según ella menciona. Ella misma lo dice “yo no le daba tanta importancia a eso”. Incluso es lo que ella misma hace esa noche, lo perdona, porque “pensé que había entendido, que yo no quería, y yo lo perdono”. Esto en las técnicas gráficas aparece muy claro, este **mecanismo defensivo de negación frente a situaciones adversas**» (00:11:29).

De esta manera, y como se dijo, todos los elementos destacados configuran corroboraciones periféricas que abonan la credibilidad del relato de la víctima (ver fundamentos, fs. 80 y 80 vta.). Al carácter objetivo de la fuente desde la que proviene la información aportada, que la sitúa como una fuente de corroboración independiente, se suman dos aspectos. Por un lado, que la profesional narró los hechos aquí investigados en términos similares al relato brindado por la menor. Por otro, que sus apreciaciones confirman los testimonios en debate de los progenitores de la menor y de sus amigas –M B Z, M S Z y de A A A–, en cuanto señalaron coincidentemente el cambio psicológico que vivenció la víctima con posterioridad al hecho, mencionando –ente otros– aislamiento, depresión, llantos y angustia.

En virtud de todo lo hasta aquí analizado, la crítica abstracta que la defensa formula en torno a valoración la prueba de cargo, no resulta conducente para conmovir la solución condenatoria. Lo que conduce necesariamente a descartar este agravio formal sin mayores consideraciones.

Por otra parte, la misma solución legal se impone con relación al agravio casatorio bajo el cual, a través de una crítica genérica a la fundamentación del fallo, se pone en tela de juicio la resolución adoptada por el juez de sentencia respecto de la admisión parcial del material digital descargado de la nube de Google de la cuenta personal del acusado, con motivo de una evacuación de citas (art. 279 del CPP).

La afirmación vertida en el párrafo precedente se sostiene por dos razones. Primero, porque la compulsa de las actuaciones obrantes en la causa, particularmente del contenido audiovisual de las audiencias de debate respectivas, demuestra que la decisión jurisdiccional cuestionada aparece sólida y adecuadamente fundada, de acuerdo a las constancias de la causa.

Segundo, debido a que el recurrente no demuestra en qué consiste la prueba que, a su criterio, ha sido arbitrariamente excluida, ni tampoco, cuál es su incidencia decisiva para modificar el sentido condenatorio del fallo. Lo desarrollo en lo que sigue.

En relación con lo primero, y como punto de partida, es preciso señalar que el juez a quo ha expresado de forma clara, precisa y completa los motivos en base a los cuales resolvió limitar el ingreso a la causa a una porción del material digital obtenido a instancias de la defensa, como evacuación de la citas.

En efecto, según se desprende de la reproducción del soporte digital respectivo, expuestos los argumentos de las partes, el sentenciante circunscribió adecuadamente la incidencia planteada a un supuesto de evacuación de citas. Posteriormente, adujo que «[l]a resolución [que ordenó la medida realizada] fue clara, diciendo que se admitía la evacuación de citas respeto de las menciones que había hecho el Sr. Villegas en su descargo en relación a lo manifestado por la víctima en la audiencia de Cámara Gesell».

En relación a las cuestiones mencionadas por Villegas Calabreto, el a quo señaló que «[f]ueron dos o tres situaciones puntuales. Si bien pudo haber un error en la confección del oficio, la decisión tomada por el tribunal fue que estaba circunscripta a esas dos o tres situaciones. De manera tal que, si existe una incorporación de material de carácter digital que excede ese ámbito específico relacionado con la evacuación de citas que hizo el Sr. Villegas, no será admitido. El tribunal va a recibir el cd, y verificará si todo el material recogido se corresponde con lo que el Sr. Villegas manifestó en la audiencia del día 09 de diciembre, y solamente ese material va a ser admitido, porque, como bien informó el Dr. Enoc Ortiz, no se trata de nueva prueba, sino de lo que respalda la versión del imputado a modo de evacuación de citas, en este caso, respecto del material digitalizado en la cuenta de Google del Sr. Villegas».

Para concluir de la siguiente manera «[e]ntonces [...] esto es lo que voy a disponer, únicamente admitir el material digital que se relacione directamente con el descargo realizado por el sr. Villegas [...]. Una vez que reciba la información, lo verificaremos y se lo haremos saber a las partes en la próxima audiencia» (ver registro audiovisual, audiencia del día 09/11/2020, min. 00:10:28/00:12:46).

Acto seguido, la defensa solicitó que se aclare el contenido de la **evacuación de citas** ordenada, frente a lo cual, el juez procede a identificar los puntos que, a su criterio, fueron declarados por el acusado en ejercicio de su defensa material, y que motivaron la medida probatoria dispuesta. En tal sentido, indicó que esas cuestiones puntuales fueron: la existencia de relaciones sexuales previas entre el acusado y la

víctima, una conversación mantenida a través de la red social Instagram, reflejada en un print de pantalla respecto a un retraso del período menstrual, y, finalmente, la existencia de un mensaje de texto o audio donde la víctima le pide perdón a Villegas (00:13:12/00:13:35). Limitación que no mereció ningún tipo de observación de los letrados defensores, mediante la cual se expresen observaciones, reparos y objeciones sobre su contenido.

Posteriormente, luego de corroborar que las partes habían compulsado el material digital incorporado como consecuencia de la evacuación de citas, la defensa planteó la ausencia de ciertas constancias, vinculadas con manifestaciones realizadas por el acusado en su descargo. La pretensión fue rechazada por el juez, quien sostuvo que los elementos adicionales señalados por el acusado para respaldar aspectos de su versión, consistieron en las cuestiones que motivaron la evacuación de citas ordenada, y que éstas se corresponden con la prueba admitida (ver registro audiovisual, audiencia del día 15/12/2020, min. 00:01:05 00:04:06).

El derrotero procesal individualizado me persuade en el sentido adelantado, desde que se ajusta completamente a las constancias de la causa. Comparto la individualización que realiza el tribunal de juicio acerca de las circunstancias que, aludidas por el imputado luego de la reproducción de la Cámara Gesell, justificaron la evacuación de citas, en los términos que se hizo.

Puntualmente, en su segunda declaración efectuada en ejercicio de su defensa material, el acusado señaló que conservaba diversas capturas de pantalla de comunicaciones mantenidas con la víctima a través de la red social Instagram, que se encontraban digitalmente almacenadas en su cuenta personal de la nube de Google. Ellas comprobarían que ambos mantenían relaciones sexuales previas al hecho, que fue la víctima quien se comunicó con él para decirle que “lo extrañaba”, y, finalmente, que le pedía perdón y le expresaba que iba a retirar la denuncia penal (ver soporte audiovisual, audiencia 09/12/2020, min. 00:00:56/00:06:20).

Con ello, no sólo la resolución del juez ordenando la evacuación de citas en los términos en que lo hizo se ajusta debidamente al contenido de la declaración del acusado, sino que la decisión de limitar el acceso al expediente del material que se vincula con esos aspectos, no se observa arbitraria.

Más allá de ello, lo cierto es que el juez brinda los motivos por los cuales entiende que ninguno de ellos se presenta como relevante para restar credibilidad al testimonio de la menor, ni mucho menos para comprobar, si se quiere, que los actos sexuales fueron consentidos por ésta.

De tal manera no resulta pertinente ni dirimente aquí indagar si el acusado y la víctima efectivamente mantenían o no relaciones sexuales previas al hecho (ver fundamentos, fs.

81/82 del Legajo). Esto, más aún cuando esa apreciación emerge de una alegación unilateral del acusado, que no encuentra resorte probatorio que exceda del campo de sus dichos.

Comparto en este sentido cuando el sentenciante señala que, en materia de delitos sexuales, el consentimiento debe ser probado a través de evidencia específica sobre el acto sexual en cuestión, pero nunca a través de la introducción de prueba referida a un comportamiento sexual anterior (fs. 82).

Pues entiendo que el pasado sexual de la víctima, incluso con el imputado, no es relevante para presumir su consentimiento, en tanto no permite establecer una relación necesaria con el hecho en concreto a probar. Es decir, no es indicativo que la mujer, bajo las condiciones en las que ocurrió el hecho violento,

no negó su predisposición al acto sexual. Máxime cuando, como en autos, la víctima manifestó su rechazo en forma manifiestamente inequívoca, de tal manera que fue producto de ello que el acusado, en ambos hechos, cesó con su comportamiento abusivo, tal como ha quedado demostrado en la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia.

Considero que asumir una posición contraria, implicaría admitir ciertos estereotipos que pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual. Incluso se daría paso a una línea de indagación que, por afectar la intimidad de la persona damnificada que, en el caso de autos, es una mujer menor de edad, comprometería las obligaciones asumidas por el Estado Nacional a través de los instrumentos internacionales individualizados con anterioridad.

Es decir, se desprende que dicha omisión no ha sido, como menciona el recurrente, deliberada, sino que se ha apoyado en fundamentos que el juez ha plasmado por escrito, los que son compartidos en esta instancia.

En cuanto a lo segundo, debe decirse que las genéricas referencias que hace la defensa respecto de la existencia de prueba decisiva que desacredita circunstancias incriminantes de responsabilidad penal (fs. 95 y vta. del recurso), no alcanza para sustentar el deber que tiene la parte agraviada de no sólo individualizarla, sino también, de exponer razonadamente los motivos en base a los cuales se produce aquel efecto desincriminador.

Finalmente, no puede soslayarse que el tribunal de la instancia anterior dio fundadas razones de por qué **no consideró creíble la versión de descargo dada por el acusado en el debate en ejercicio de su derecho de defensa material.**

Coartada huérfana de pruebas.

No resulta incompatible al respecto que el sentenciante haya afirmado que «[l]a coartada del imputado queda huérfana de todo sustento probatorio y debo concluir por lógica que no hubo relaciones sexuales consentidas esa madrugada del 22 de junio de 2019 entre [la víctima] y A V» (ver fundamentos, fs. 78 vta. del Legajo). Pues «[l]a activa defensa material de Axel Villegas no ha conseguido horadar, disgregar o desvanecer el valor convictivo del relato de [la víctima] visto en clave de solidez y volumen argumental, en tanto y en cuanto el imputado no ha podido demostrar objetivamente su propia tesis, afirmativa de que mantuvo relaciones sexuales consentidas, ni tampoco desestimar, denegar o desechar la versión de quien se presenta como víctima [...]» (ver fundamentos, fs. 80 vta./81 del Legajo).

En definitiva, la decisión del tribunal de juicio de hallar en el testimonio de la víctima –menor de dieciséis años de edad a la fecha de los hechos–, junto con los demás elementos de prueba que corroboraron periféricamente su credibilidad, una base probatoria suficiente para alcanzar el grado de certeza requerido para tener por acreditados los hechos y la autoría que le cupo en ellos al acusado, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En función de ello, no verificándose los defectos formales denunciados y advirtiéndose una adecuada, integral y contextualizada tarea de valoración, los agravios fundados en la ponderación de los elementos de prueba incorporados como en la fundamentación de la sentencia deben ser rechazados en esta instancia.

Por lo que entiendo, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. **ADARO**, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Villegas Calabretto.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros).

Doble condición de vulnerabilidad.

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s] e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser **diligentes en la investigación**, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de **dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce** y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Por otro lado, y en relación al agravio vinculado al supuesto consentimiento de la víctima en las relaciones sexuales objeto de las presentes actuaciones, tal como lo destaca el ministro preopinante, ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en sus distintas manifestaciones, en especial la violencia sexual, en que tuvo lugar el hecho.

CAMPO ALGODONERO (Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México.

No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que **la víctima consintió el acto**, utilizando frecuentemente argumentos basados en **estereotipos de género** –definidos por la jurisprudencia interamericana como «[...] la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Corte IDH, **Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México**. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a **ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal**.

En este sentido, señalé en el precedente «**González, Mauricio**» que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las

mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres y niñas contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

Por otro lado, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio *in dubio pro reo*.

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio *in dubio pro reo* no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidación– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa

y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el Caso Bulacio c/ Argentina, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno **proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones** (Cfr. Corte IDH, "Caso Bulacio c/ Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N|100.Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema

Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Axel Daniel Villegas Calabretto y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1364 pronunciada por Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. DR. PEDRO J. LLORENTE. Ministro

42- TORRES SANCHEZ. 17-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=740>

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función 4° párrafo, inc. c) y f), art. 55 del CP.

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima menor. Convivencia. Transmisión de enfermedad sexual. Sífilis. Ausencia de lesiones genitales. Individualización de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **dieciséis años de prisión** por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la transmisión de enfermedad sexual grave (dos hechos) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la transmisión de enfermedad sexual grave (art. 119, tercer párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. c) y f), art. 55, art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. c) y f) del CP). El SA, pareja de la madre del menor, víctima de 7 años de edad.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Entre sus agravios, puntualiza que no existen lesiones físicas compatibles en el menor, agrega que el testimonio del niño fue inducido. Expresa, que el sindicado, no sabía que tenía sífilis. Finalmente estima que la pena impuesta es desproporcionada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1351, pronunciada por el TPC N° 2 - 1CJ

Precedentes citados

a-SCJM

- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf

b-CIDH

- Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala. CIDH; 19-11-99:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

- Atala Riffo y Niñas vs. Chile. 24-02-12:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Doctrina citada

UNICEF, «Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», Buenos Aires, 2013.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Llorente. Valerio (Licencia).

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-05514781-1/1((018602-5290)) FC/ TORRES SANCHEZ LUCAS JESUS P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AGRAVADO POR SER COMETIDO CON UN MENOR P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105696378*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de noviembre del año veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05514781-1/1 caratulada “F. C/ TORRES SÁNCHEZ S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DR. MARIO D. ADARO; segundo, el DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Lucas Jesús Torres Sánchez interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.351 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la transmisión de enfermedad sexual grave (dos hechos) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la transmisión de enfermedad sexual grave (art. 119, tercer párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. c) y f), art. 55, art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. c) y f) del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditados los hechos que se le atribuyeron al acusado en el requerimiento fiscal de citación a juicio, según el cual «sin poder precisar fecha ni horario exacto, pero entre el 17 de mayo de 2018 y el 01 de enero de 2019, en el domicilio sito en Barrio, Luján de Cuyo, Mendoza, Lucas Jesús Torres Sánchez abusó sexualmente del hijo de su pareja, M. E.s P.s [M.E.P], de 7 años de edad al momento de los hechos, en tres oportunidades, ocurriendo los mismos en la habitación donde Torres pernoctaba con su pareja y los hijos de esta. Los abusos consistieron en que, en una ocasión Torres se desvistió sacándose el calzoncillo y los pantalones, sacándole también los pantalones a M.E.P. y colocándose detrás de éste, en la cama grande, le metió el pene en la cola. En otra de las ocasiones, Lucas Jesús Torres obligó al menor a que le chupara el pene, amenazándolo con pegarle si no lo hacía. En otra oportunidad Torres le realizó tocamientos inverecundos al menor en sus genitales. En razón de los ataques sexuales cometidos por Torres, éste contagió ‘Sífilis’, enfermedad de transmisión sexual grave, al menor

M.E.P., localizada en su ano, pene y boca conforme lo informado a fs. 07/10 y demás constancias probatorias agregadas en autos» (f. 71 vta.).

Para así decidir la jueza valoró: la declaración del niño M.E.P. en Cámara Gesell; los informes psicológicos y las declaraciones realizadas por profesionales del Hospital Notti y el Cuerpo Médico Forense; las declaraciones de Leticia Andrea Bounfigli, Carla Karen Chacón y de Alejandra Sabrina Aguilera –entre otras–; así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de Lucas Torres interpone recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el art. 474 inc. 1 del CPP.

En primer término, la defensa sostiene que la **no detección de desgarros** en zona anal es una prueba de la inexistencia del abuso, en tanto sería muy raro que un hombre adulto que abusa sexualmente con acceso carnal vía anal de un niño de siete años no dejara desgarro alguno.

En segundo lugar, sostiene que la jueza de la instancia anterior valora, para tener por acreditado el contagio por sífilis, las declaraciones de una persona «problemática e ignota» en cualquier tema relacionado con esta enfermedad, en referencia a Alejandra Aguilera Porto, que refiere una amistad con el acusado y, además, actuaría como médica, pues reitera que tenía sífilis de data muy anterior a lo determinado en los exámenes médicos.

En tercer lugar, ataca el valor del testimonio de M.E.P. En esta línea, expresa que la víctima puede haber sufrido un trauma, aunque no sexual, pues es extraño que el niño nunca dijo que su abusador fuera Lucas Torres.

Acto seguido, indica que previo a serle recibido su testimonio en Cámara Gesell, M.E.P. **fue inducido** a declarar en contra de su defendido. Agrega que el relato del niño no presenta valor convictivo por oponerse al resto de la prueba objetiva.

En cuarto lugar, argumenta que no se encuentra acreditado que el contagio haya sido debido al abuso – sino que podría ser congénito o haberse producido por el contacto con utensilios contaminados– y, subsidiariamente, postula que su defendido no sabía que estaba infectado con sífilis.

Un déficit de conocimiento que, a entender de la defensa cancelaría el aspecto subjetivo del hecho en lo que hace al contagio venéreo.

Finalmente, advierte que la **pena impuesta es «alevosa y desproporcionada»**, entre otras razones, debido a que la víctima nunca corrió peligro de muerte. Con base en estas consideraciones, la defensa concluye que no se ha alcanzado el estado de certeza necesario para dictar un pronunciamiento condenatorio.

Así, a partir de lo que sería un estado de incertidumbre invencible, solicita se absuelva a su representado.

Realiza reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Tras exponer los agravios de la defensa, en el marco del recurso formulado contra la sentencia condenatoria de Lucas Torres, el Procurador General sostiene que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y que debe confirmarse la condena recurrida.

En este orden de ideas, pone de relieve la relevancia de la declaración de la víctima en los delitos contra la integridad sexual y su valor, junto con los informes psicológicos, al efecto de probar la existencia del hecho.

Acto seguido, hace referencia a **las especificidades de las declaraciones de los niños víctimas** en este caso concreto y el contenido de los dictámenes que verificaron su credibilidad.

También sostiene que la **teoría de la «inducción»** no ha sido acreditada, pues la Cámara Gesell se practicó con control de partes y se tomó el tiempo suficiente para que el niño pudiera expresarse libremente ante las profesionales.

Por su parte, estima que **fueron descartadas otras posibles fuentes de contagio de la sífilis** y, por último, considera que el monto de la pena, de acuerdo con la fundamentación dada por la jueza sentenciante, no surge como desproporcionado.

Por lo señalado, el Titular del Ministerio Público Fiscal concluye que no existe inobservancia alguna de normas que pudieren acarrear la nulidad del acto, por lo que no puede prosperar el recurso interpuesto.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversas razones, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

a.- Preliminarmente, cabe decir que no se han vulnerado las reglas que **rigen la valoración de la prueba en los casos de delitos contra la integridad sexual.**

En este sentido, debo destacar que en el caso bajo estudio **el objeto del proceso está constituido por abusos sexuales infantiles (ASI) ocurridos en el ámbito intrafamiliar**, en los que la violencia sexual cometida afecta a personas que integran un grupo social altamente vulnerable.

Al respecto, entiendo oportuno recordar que en el **precedente «Paz Parra»** sostuve que «[I] a especialidad que hace a la naturaleza de este género de conductas ilícitas no sólo incide en cuanto a la necesidad –y deber– de ajustar las reglas de valoración de la prueba al contexto en el que se producen, esto es, adoptar un particular modo de ponderación de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, atribuyendo un significado de acuerdo a la naturaleza del caso».

Además, consideré que «[...] de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente a la víctima de estos hechos, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura de no profundizar innecesariamente el grado de victimización sufrido».

En este último sentido, debo señalar que la obligación del Estado de adoptar una perspectiva de análisis de acuerdo con la edad de la víctima, particularmente en el tratamiento de los casos en donde se han vulnerado los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes –en el entendimiento de que esta condición importa un factor de mayor vulnerabilidad–, deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) que establece que «[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (art. 19, CADH).

Por su parte, la Corte interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) a partir de la sentencia dictada en el **«Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala»** reconoció y aplicó la regla de la CADH referida a que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección.

También es importante destacar que la Corte IDH estableció por primera vez una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez, lo que importó la posibilidad de ampliar el contenido del art. 19 de la CADH relativo a las medidas de protección a las que tiene derecho todo niño, niña y adolescente (Corte IDH, «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala», Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, nro. 63, párr. 194).

También estimo relevante señalar que la Corte IDH señaló que «[e]l deber de los Estados de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo [...]. [L]a privación arbitraria no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad» (Corte IDH, del voto concurrente conjunto de los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli, párr. 4).

En este entendimiento, y en particular a fin de evitar la victimización secundaria, sostuve en el **precedente «Garrido Olivares»** que existen lineamientos vinculados a las garantías de los niños, niñas y adolescentes en el marco de un proceso, con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática.

Ello, con el objetivo de mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población, sea como víctimas o testigos, en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso (ADC-JUFEJUS- UNICEF, «Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», Buenos Aires, 2013).

Todo ello por considerar que **los delitos contra este sector vulnerable de la población en muchas ocasiones son delitos complejos** en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que «[...] los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» (ob. cit, p. 13)

La referida guía establece en el capítulo de «Principios generales» como objetivo para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra integridad sexual, tener en cuenta las necesidades de este sector vulnerable de la población, **optimizando las oportunidades existentes para la recolección de pruebas y teniendo en cuenta sus necesidades**, asegurando, de esta manera, un abordaje de la problemática que proteja a la víctima.

Ello en tanto, resulta materia indiscutible el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas.

Así el agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de las personas menores de edad, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Derechos que se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño.

A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

En definitiva, me interesa destacar el deber de los distintos operadores estatales –en particular los judiciales– en cuanto a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, cuyo incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos.

Ello implica atender los problemas relacionados con cómo este sector vulnerable de la población accede a justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se les presenta, a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado. Entiendo que todas estas consideraciones reseñadas precedentemente se encuentran cumplidas en la sentencia cuestionada por el recurrente.

En otro orden, –y según se desprende de las constancias de autos–, advierto que a partir de los informes brindados por los distintos profesionales intervinientes en los primeros momentos en donde se tomó conocimiento de los hechos, el Equipo de Trabajo Interdisciplinario (ETI) dispuso la internación del niño M.P. en el hogar dependiente de la DINAAF «Crecer Juntos».

Esta medida de protección, según entiendo, resultó adecuada a la particular situación del niño víctima, en tanto se pudo acreditar el contexto de extrema vulnerabilidad familiar en que acontecieron los hechos de abuso hacia M.P. (ver fundamentos, fs. 90 y 91).

De este modo, se dio adecuado cumplimiento a la manda constitucional que establece la necesidad de brindar a los niños, niñas y adolescentes medidas de protección especiales, guiados por el interés superior del titular de los derechos vulnerados (art 19 CADH en función con los arts. 3.1 y 20 de la CDN).

Al respecto, la Corte IDH se ha pronunciado en el sentido que «[...] la determinación del interés superior del niño, en casos de custodia y cuidado de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios» (**Corte IDH. «Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile»**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109).

En este punto, no debe soslayarse que «[...] si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales» (ver mi voto ampliatorio en «Ontiveros Arancibia»).

b.- Bien, dicho lo anterior, corresponde analizar en concreto el planteo defensivo, el cual ataca la existencia del hecho, la autoría atribuida a su defendido y, subsidiariamente, la ausencia del aspecto subjetivo del hecho respecto del contagio venéreo. Cuestionamiento del monto de la pena.

Por otra parte, cuestiona el monto de la pena aplicada al acusado.

Respecto de lo primero, el recurrente le quita valor al testimonio de M.E.P. en Cámara Gesell con base en que habría sido inducido a declarar en contra de Lucas Torres.

Sobre esta crítica, la defensa no brinda argumentos suficientes para desvirtuar el razonamiento de la jueza de sentencia, más aun considerando que la declaración del niño fue realizada con control de partes y se respetaron los protocolos establecidos por los profesionales intervinientes para la realización de este tipo de medidas.

Esta objeción ya fue contestada por el tribunal de juicio en los fundamentos a fs. 83 vta./84, haciendo foco en que es improbable que haya sido inducido por su madre a declarar contra su padrastro, pues de la declaración del niño en Cámara Gessel surgió que también experimentaba una marcada desconfianza hacia ella (véase f. 86).

Asimismo, la defensa niega que M.E.P. haya sindicado a Lucas Torres como su agresor y advierte que, si bien puede ser víctima de un trauma, este no sería de carácter sexual.

No obstante ello, en verdad el niño mencionó expresamente al condenado al manifestar que su padrastro le hacía «cosas cochinas», entre otras expresiones explícitas que fueron individualizadas por la jueza sentenciante a fs. 84, las cuales no dejan dudas de la existencia del hecho y de que fue Lucas Torres la persona sindicada por el niño como el autor de los abusos.

A lo señalado debe sumarse, tal como lo hizo la jueza, que al ser interrogada la Lic. Cucchi sobre la posibilidad de que del relato del niño surgiera que el autor de los abusos fuera otra persona diferente al acusado, fue categórica al negarlo. Por otra parte, no se advierte que la declaración del niño se oponga al resto del plexo probatorio.

A la inversa de lo postulado por la defensa, del análisis integrado de cada uno de los elementos de prueba que fueron valorados por la jueza de la instancia previa se deriva tanto la existencia del hecho como la autoría del condenado.

En este sentido se pronunciaron los profesionales que examinaron al niño, tanto en relación con las lesiones sufridas por los abusos y la sífilis contraída, como respecto de Lucas Torres como la persona sindicada por el niño como el autor de los abusos (véase la declaración de la Lic. Cucchi, así como el testimonio de la madrina institucional de M.E.P., Leticia Bounfigli)

Al respecto debe decirse que **no puede prosperar el agravio defensivo relativo a la inexistencia de desgarró en la zona anal**, el cual, a decir de la defensa demostraría la inexistencia del abuso sexual y de la transmisión de la sífilis.

Ello en tanto, si bien la Dra. Brahín (profesional del Cuerpo Médico Forense) explicó que si hubo lesiones producto del abuso **debieron quedar cicatrices, también señaló que los niños tienen buena cicatrización y ello pudo influir en que no las presentara al momento del examen.**

Resta ahora determinar si se encuentra **debidamente acreditada la circunstancia calificante del contagio venéreo.**

Por un lado, la defensa pone en tela de juicio que haya sido Lucas Torres quien haya contagiado a M.E.P. y, por otro lado, subsidiariamente que, al hacerlo, haya sabido que estaba infectado.

Respecto de la autoría del contagio, cabe decir que la prueba de cargo es inequívoca: de lo ya explicado surge acreditado que el acusado fue quien el autor de los abusos sexuales contra M.E.P. que se le endilgaron.

De tal manera, al estar probado que existió acceso carnal por parte de Lucas Torres que éste padece la enfermedad de transmisión sexual antes individualizada, la conclusión de la jueza de sentencia en relación a que **producto de aquellos abusos M.E.P. contra la sífilis** resulta correcta.

En efecto, de la declaración de la Dra. Eybar (profesional del Hospital Notti) surge que es muy difícil pensar que la sífilis haya sido adquirida por M.E.P. de su madre, también infectada, en tanto **el niño manifestaba lesiones recientes en ano, pene y boca, las cuales son incompatibles con una sífilis congénita.**

A dicho testimonio se sumó el de la Dra. Galdeano (profesional también del Hospital Notti) quien explicó que las lesiones que presentaba M.E.P. eran producto de una enfermedad que databa de muy poco tiempo.

Agregó que, si el niño se hubiese contagiado de su madre portadora de sífilis, los síntomas que presentaría a los siete años serían distintos a los constatados. La profesional concluyó así que el contagio dataría de dos a tres meses previos y no sería congénito.

En igual sentido se manifestó el Dr. Gamboa, médico pediatra del Hospital Notti que atendió al niño en otras oportunidades, quien explicó que no era posible que M.E.P. hubiese adquirido sífilis de su madre, pues, de ser así, las lesiones serían distintas. Por su parte, al ser interrogado por la defensa sobre la posibilidad de contagio por vasos o cubiertos sucios, expresó que en la mayoría de los artículos y tratados no se describe esta forma de contagio (véase f. 73).

Todos estos testimonios de los médicos actuantes, a criterio acertado de la jueza, «concluyen de manera rotunda en el contagio de sífilis por contacto sexual, encontrándose la enfermedad en un periodo secundario de evolución. En tal inteligencia sostienen la **imposibilidad de contagio de una sífilis congénita o por colecho» (fs. 92).**

En cuanto a la tesitura de la defensa, la jueza destacó que, para fundamentar la posibilidad de un contagio por utensilios de cocina, besos o hasta alguna gota de saliva, se hizo referencia a una bibliografía del año 1975 y que no existe informe médico alguno que autorice a sostener tal hipótesis. Ello en tanto, no se trata de una enfermedad de transmisión respiratoria, tal como aseguraron los médicos infectólogos al momento de ser consultados (véase f. 92 vta.).

Este razonamiento de la jueza aparece debidamente justificado, por lo que el agravio de la defensa tampoco puede prosperar en este aspecto. Lo mismo debe decirse sobre el cuestionamiento de la defensa vinculado con la verificación del conocimiento del acusado sobre la existencia de la enfermedad al momento de llevar a cabo los hechos que se le atribuyeron.

La conocida sintomatología de la sífilis hace inverosímil pensar que, dado el estadio de la enfermedad que, conforme los informes médicos, transita Lucas Torres, haya podido ser su conocimiento ajeno a su existencia. Por ello, no le asiste razón a la defensa cuando expresa que para fundamentar el conocimiento de la portación de la enfermedad venérea por parte de Lucas Torres el tribunal de juicio se basa principalmente en el testimonio de A. A., que afirmó que él le comentó que estaba padeciendo los síntomas y que ella le conseguía los remedios para su tratamiento (f. 92 vta.).

De este modo, el agravio relativo a que el condenado ignoraba que se encontraba infectado debe ser desestimado.

Por último, también debe ser descartado el cuestionamiento relativo a la fundamentación del **quantum de la pena**.

En efecto, la defensa se limita a calificar como alevosa, desproporcionada e incompatible con el Estado de Derecho la pena aplicada, sin aportar razones que justifique su crítica, más aún cuando nos encontramos con una pena cercana al mínimo de la escala penal correspondiente a los delitos atribuidos. En este sentido, debe considerarse que al acusado se le impuso la pena de diez años de prisión dentro de una escala que oscilaba entre los ocho y los cincuenta años de prisión (f. 98).

Por el contrario, la jueza ha brindado razones que dan cuenta de su decisión en este sentido en función de la **gravedad de hecho, la extensión del daño** causado a un niño en estado de vulnerabilidad y su correlato en la pena impuesta (f. 98/vta.).

Así, con cita a doctrina y jurisprudencia, la jueza de la instancia anterior analizó con detenimiento las **condiciones objetivas y subjetivas a los efectos de determinar la pena a imponer**.

Respecto de las primeras, consideró la metodología de ejecución de los hechos y así ponderó el escenario de éstos para asegurar la empresa delictiva, la violencia y engaños ejercidos sobre la víctima menor de edad y las secuelas físicas y psicológicas ocasionados a M.E.P.

Agregó que el niño no sólo terminó **hospitalizado en dos oportunidades**, sino que también fue separado de sus hermanos menores de edad perdiendo sus lazos sanguíneos, con los efectos que ello produce sobre el desarrollo de la personalidad.

Respecto de las **condiciones subjetivas**, la jueza tomó en cuenta las circunstancias personales de Lucas Torres –28 años de edad, alfabeto, con instrucción primaria completa, de profesión albañil, sin antecedentes penales ni adicciones a las drogas y el alcohol– y, en función de ellas determinó que aquél se encontraba con **plena capacidad de comprender y dirigir sus acciones**, lo que demostraba un absoluto desprecio por las reglas elementales que son impuestas por la vida en sociedad.

En función de lo expuesto, considero que la pena impuesta por la jueza de la instancia anterior se encuentra debidamente fundamentada, por lo que el cuestionamiento de la defensa no resulta procedente.

Por las razones expuestas, considero que la primera cuestión planteada debe responderse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO : Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica de Lucas Torres y confirmar la sentencia N° 1351, originaria del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO. J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO. J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica de Lucas Jesús Torres Sánchez a fs. 104/112 vta. y confirmar la sentencia N° 1351, originaria del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de noviembre de 2021.-

43- FELIPE HUANACO. 23-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=742>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 150, 183, 92 en función del art. 89, 80 inc. 1° y 11° y 55 del CP. Art. 16 CN. Art. 7 Constitución de Mendoza. Ley 26485. Ley Micaela 27499. Acordada 29318.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Violación de domicilio. Daño. Lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo. Violencia de género. Concurso real. Valoración probatoria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor de los delitos de violación de domicilio (dos hechos), abuso sexual con acceso carnal (dos hechos), daño simple y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (art. 150, 119 tercer párrafo, 183, 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 C.P).

La **defensa** interpone recurso. Afirma que su pupilo no pudo advertir la ausencia de consentimiento por parte de la denunciante.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1504, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062

b-CSJN

- González Nieva, Jorge Enrique (Fallos 343:1181)

Doctrina citada

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05521220-6/1((018501-163)) F.C/FELIPE HUANACO, FRANCO MANUEL P/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO (DOS HECHOS), ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS), DAÑO SIMPLE Y LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO? P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105703637*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05521220-6/1 caratulada "FC/ F. H., F. M. P/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO (DOS HECHOS), ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS), DAÑO SIMPLE Y LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNEROS/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El defensor de F. M. F. H. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1504 en tanto condena al nombrado a la pena de siete años de prisión como autor de los delitos de violación de domicilio (dos hechos), abuso sexual con acceso carnal (dos hechos), daños simple y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (art. 150, 119 tercer párrafo, 183, 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 C.P).

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La acusación consta de los hechos que a continuación se describen, que el a quo consideró probados. Por una parte, que el 24 de diciembre de 2018, el acusado se presentó en el domicilio de MMZ, sito en Barrio XXX, para pasar Navidad con su hijo, autorizándolo la denunciante a ingresar. Padre e hijo estuvieron juntos en el patio, ella en la vivienda. Alrededor de las 5 horas aproximadamente del 25 de diciembre de 2018, el acusado ingresó a la habitación donde ella estaba acostada. Se colocó encima, y no obstante que le dijo que no quería tener relaciones sexuales, él le bajó la ropa y la accedió carnalmente. Por otra parte, que el 1 de enero de 2019 a la 1 hora aproximadamente, MMZ se encontraba en su domicilio cuando el acusado ingresó sin su autorización y, sin mediar palabra, le sacó el celular que tenía en la mano y lo tiró, rompiéndolo, propinándole un golpe de puño en la boca, ocasionándole una erosión en la mucosa del labio inferior, lesión que fue constatada por el Cuerpo Médico Forense, retirándose luego. A las 2 de la mañana regresó y sin autorización ingresó nuevamente a la casa, para lo cual rompió la puerta de ingreso, le dijo que quería tener sexo, forcejearon, él la tiró a la cama, se colocó encima de ella, le sacó la ropa y la penetró, eyaculando. Cuando ella quiso levantarse, el acusado la volvió a tirar a la cama y la accedió nuevamente de costado, sujetándole fuertemente los brazos. Se quedó dormido y se fue del domicilio a las 6 horas aproximadamente.

2.- Recurso de casación

Se queja el recurrente porque su pupilo no pudo advertir la ausencia de consentimiento por parte de la denunciante, dado que varias veces había cesado y restaurado el vínculo con ella, teniendo discusiones y luego reconciliándose.

Señala que su defendido incurrió en un error de tipo, que excluye el dolo, por lo que su conducta fue atípica. Relata que llevan siete años en pareja y hacía relativamente poco tiempo que habían dejado de convivir.

Refiere que no hay constancia que un vecino haya llamado al CEO, lo que demuestra una incoherencia en el testimonio de la denunciante. Solicita la nulidad de la pericia psicológica realizada a la presunta víctima, porque fue efectuada por un organismo dependiente del Ministerio Público, violando así la igualdad entre las partes. Agrega que su defendido no posee los medios económicos para acceder a un perito de parte, lo que evidencia esa desigualdad alegada. Agrega que el EDEAAS es un organismo parcial y que un organismo de otra dependencia, no es especializado en la problemática de autos, lo que justifica el estado de indefensión absoluta en el que quedó. Aduce que el a quo no se expidió en forma fundada sobre este tema en la sentencia. Se agravia asimismo porque el juzgador omitió prueba, y que la que consideró, lo fue de manera parcializada, contradictoria y mutilada, resultando la motivación defectuosa. Sostiene también, que se aplicó erróneamente la ley sustantiva. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado, desde que el impugnante reitera los argumentos que expuso en los alegatos, sin que advierta violación del derecho de defensa del acusado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, aquélla debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso, no ocurre, extremo que genera el rechazo del agravio que se esboza en este sentido.

En efecto, de acuerdo con las constancias de la causa, el a quo para llegar a su decisión, se basó en las pruebas rendidas, en especial en el testimonio de la víctima y en la labor que llevaron a cabo los especialistas en psicología y psiquiatría que intervinieron en autos, que ponderó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, exponiendo los motivos por los que les confirió credibilidad a unas en detrimento de otras.

Así, el juez expresó que la denunciante le pareció confiable y su relato, verídico y creíble. Consideró en este punto, que la licenciada Alfandari declaró que los acontecimientos acá investigados, dejaron una herida en su psiquismo.

A ello agregó que la víctima manifestó tener miedo y que no perseguía un fin ganancial ni actuó en virtud de una influencia externa, aspectos que el sentenciante, desde la inmediación que le permitió la audiencia de debate pudo apreciar, según aseveró en los fundamentos. Sobre el acusado, refirió el a quo que el psiquiatra Dr. Clavel y la licenciada en psicología Lara depusieron en el debate en forma conjunta,

manifestando que a pocos días de sucedidos los hechos, le hicieron un examen al imputado, concluyendo en que estaba lúcido y era responsable de sus actos.

Detallaron por su parte, que presentó una personalidad primitiva, que no contempla a los demás; que avanzaba sobre la persona y la propiedad de la víctima, según se ha reflejado en esta causa. Explicaron que tenía rigidez cognitiva e impulsividad, lo que es coherente con el entrar por la fuerza a un domicilio que ya no es propio.

En particular, la licenciada Lara dijo que lo entrevistaron extensamente, determinando que su estado cognitivo era normal. Cabe consignar que se pudo acceder a lo declarado por los profesionales mencionados y las partes en esta instancia extraordinaria, a través de la reproducción del registro de audio y video de todas las audiencias del debate.

Sobre la base de la ponderación de las probanzas hasta acá reseñadas, en conjunto con el resto de los elementos incorporados, es que estimo que acertadamente descartó el juzgador que el error invocado por la defensa sobre el consentimiento de la denunciante, haya existido, afirmando que «[...] sólo aparece en el alegato de su defensor» (registro audiovisual del 29 de diciembre de 2020, fundamentos 01:47:58 y siguientes).

Así, establece que ni siquiera en forma indiciaria, pudo encontrar un elemento que permita hablar de la existencia de error de tipo, desde que de los exámenes que le fueron efectuados, fluye que el acusado sabe cuándo es sí y cuando es no, dado que tenía el juicio crítico conservado. También resaltó el juez, que la falta de consentimiento de la denunciante se desprende, asimismo, de la resistencia que ejerció y la lesión que sufrió.

En particular, M.Z.M. dijo que rechazó al acusado, habiéndole manifestado expresamente que no quería tener relaciones sexuales con él. Agregó que aquél la sometió por la fuerza, mientras ella se preocupaba por no despertar a su pequeño hijo, que se encontraba en el lugar.

Por otra parte, no puede prosperar el agravio basado en que el testimonio de la víctima contuvo alguna falta de rigor, como es lo referido al llamado al 911 que habría realizado un vecino, del que no hay constancia.

Ello, desde que se ha comprobado que en todas las etapas del presente procedimiento, el relato de la víctima en sus partes esenciales se ha mantenido inalterado, destacando el juzgador que cualquier diferencia no dirimente, no hace sino demostrar que no se trata de un relato armado, lo que informó también la licenciada Alfandari.

En síntesis, se rechaza el agravio centrado en que el acusado no tuvo cabal conocimiento de la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales, porque era habitual en esta pareja, que se pelearan y luego se reconciliaran.

Resta decir que se pregunta el sentenciante, en un razonamiento adecuado, de qué manera pueden los hechos comprobados –el ingreso sin permiso a la casa de la ex pareja, rompiendo la puerta con una pala; el haber arrojado al piso el celular que tenía la víctima en las manos, dañándolo; el propinarle golpes, hiriéndola–, ser indicativos de una reconciliación o reflejar el ánimo del acusado de enamorarla.

Máxime, cuando basado en las conclusiones expuestas por los especialistas que entrevistaron a las partes, el juez sostuvo que en la relación entre ellos hubo sometimiento, asimetría, desestimando igualmente, que se haya encontrado sumido en un coma alcohólico, ya que, por ejemplo, desvistió a su ex pareja.

De tal manera, es importante destacar que en este caso, «[...] el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales”, según afirmé en «Brancello Urbón».

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»;«Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»;«Castro Luis», entre otros). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías:

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se

consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...]el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)». Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta forma, estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que

existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) – conf.«Zurita»–.

Asimismo, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», es relevante la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, reitero, son plenamente aplicables al caso en tratamiento, en el que el sentenciante destaca que la denunciante ha sido víctima de violencia física, psicológica y sexual y, en función de ello, brindó adecuadas razones acerca de por qué debía descartarse la procedencia de un eventual consentimiento de su parte. Corresponde ahora señalar que la petición de declaración de nulidad absoluta que hace el recurrente, del examen de la denunciante efectuado por el EDEAAS, «[...] por ser parcial y no cumplir con la debida garantía de defensa en juicio receptada por el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional [...]» constituye una reiteración de lo expresado en los alegatos, sin que haya refutado en esta instancia, los argumentos que dio el inferior para desestimarla.

Estimo pertinente reseñar que me he expedido en diversos precedentes, entre ellos, en “Zubieta Duchén”, en el sentido que «[...]la pericia supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la

investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones que, basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos, permitan avanzar en la generación de certeza. Dicho de otro modo, el valor de un dictamen pericial deviene de su naturaleza valorativa y guarda relación con la seriedad de sus conclusiones y los métodos científicos utilizados, así como con el nexo lógico entre las premisas y las conclusiones, su coherencia y la calidad de sus fundamentos, siendo este el motivo por el que el imputado y su defensa tienen derecho a controlar y contradecir las bases sobre las que se funde». «Por su lado, el informe técnico supone la constatación de cosas o lugares por parte del personal policial o de especialistas sin realizar algún tipo de valoración, es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia. A pesar de realizarse sin control de parte tales operaciones técnicas no podrían ser excluidas so pretexto de no haber sido fiscalizadas por la defensa [...]».

Distinguidos de esta manera los dictámenes periciales de los informes técnicos, resulta relevante destacar que si la defensa consideraba que el examen del EDEAAS que lo agravia, colocaba a su asistido en una situación de desigualdad, por ser practicado por profesionales que dependen jerárquicamente del Ministerio Público, debió plantearlo en su oportunidad o bien, utilizar alguna de las alternativas que estaban a su alcance, lo que no hizo.

Efectivamente, surge de las actuaciones remitidas a este Cuerpo de manera virtual, que el 5 de abril de 2019, una auxiliar administrativa de la Fiscalía de Instrucción N° 13 de la Unidad Fiscal Departamental de Violencia de Género, en el marco del expediente N° P-163/19, a las 19:14 horas mantuvo comunicación telefónica con el doctor Eliseo Sarabia –defensor del acusado– para informarle que el EDEAAS había fijado turno para entrevistar a la denunciante el 12 de abril de 2019 a las 10:00 horas, manifestando ante ello el defensor que «[...] se da por notificado y por el momento no va a proponer perito de parte» (constancia de comunicación telefónica, fs. 222 del expediente N° P-163/19).

Dicho en otras palabras, consintió que el acto se realizara en las circunstancias que en el escrito recursivo impugna, en contra de sus propios actos anteriores, dado que había rechazado explícitamente la facultad de proponer un profesional de su confianza para que participara del mismo.

Sobre la invocada carencia de dinero por parte de su defendido para pagarle honorarios a un experto, apunta el juzgador que se podrían haber anticipado los gastos que requiriera esa actuación profesional, o haberse convocado, por ejemplo, a especialistas de la Facultad de Medicina, a la vez que le recuerda al letrado, la responsabilidad profesional de estos auxiliares de la justicia, que informan de acuerdo a sus conocimientos específicos, encontrándose constreñidos a decir la verdad, lo que no es rebatido.

A esto se suma la vigencia del deber de objetividad, impuesto por ley al Ministerio Público Fiscal del que dependen los organismos especializados en el tema en investigación – EDEAAS, Cuerpo Médico Forense, Equipo Profesional Interdisciplinario–, cuya actuación es cuestionada de manera genérica, ya que no explica la defensa de qué forma podría haber variado la situación de su asistido, de haber sido entrevistada la denunciante en el marco de este juicio, por otro u otros médicos psiquiatras y/o psicólogo. También yerra cuando afirma que la principal prueba en contra de su representado es el ya mencionado examen psicológico llevado a cabo por el EDEAAS, ya que la revisión efectuada evidencia que no sólo de esa actuación emerge que los hechos se produjeron conforme a los términos de la acusación, sino que se ha reunido en autos, con pleno control y participación de la defensa en el proceso, un cúmulo probatorio que corrobora la existencia de los delitos imputados y converge en la autoría del acusado, aún prescindiendo del examen cuestionado, no obstante – reitero– su validez.

Así, la versión plasmada en la denuncia se ha mantenido constante en lo esencial durante todo el procedimiento, extremo que ha podido ser apreciado por el juzgador en el debate, a través de la deposición de la víctima y de los diversos elementos de prueba que corroboraron su relato.

De tal manera, la inspección ocular realizada durante la etapa de la investigación, constata que la puerta de acceso a la vivienda de la denunciante fue violentada con una pala. También, el celular de la víctima fue hallado con la pantalla trizada y del acta de visu suscripta por el Ayudante Fiscal y un auxiliar de esa oficina surge la existencia de una lesión en el labio de la víctima, lo que comprobó el Cuerpo Médico Forense.

Asimismo, se encontró semen de F. H. en las sábanas de la cama de la denunciante, de donde deriva el a quo que ambos mantuvieron relaciones sexuales en ese lugar, como aquélla manifestó, habiendo ya desarrollado lo atingente a la falta de consentimiento.

De acuerdo con lo expuesto hasta acá, no corresponde la aplicación del art. 2 CPP porque, según se aseveró en los primeros párrafos de esta solución, la motivación de la sentencia se ajusta a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación. Esto conforme a la jurisprudencia de este Cuerpo (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062), y en virtud de los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso “González Nieva, Jorge Enrique” (Fallos 343:1181).

Por último, se debe señalar que los hechos contenidos en la acusación han sido correctamente subsumidos en el derecho sustantivo vigente, punto sobre el que la defensa se limita a sugerir que no es así, sin expresar por qué motivo la plataforma fáctica elaborada no se encuentra debidamente encuadrada, habiendo sido expuesto lo relativo a la acreditación del comportamiento doloso del acusado, al abordar lo atingente a que la víctima no prestó su consentimiento, sino que por el contrario, con claridad le hizo saber al acusado, según ha sido probado, su falta de voluntad para mantener relaciones sexuales.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Felipe Huanaco. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (Concha, Jesús).

Por otro lado, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidación– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el defensor de F. M. F. H..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

44- PEREYRA CABELLO. 23-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Asc													
VG	Padre	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=747>

Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo inc. b del CP. Ley 25087. Ley 26485. Ley Micaela 27499. Acordada 29318.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Vínculo. Ascendiente. Concurso real. Violencia de género. Vínculo. Ascendiente.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en tres hechos independientes, en concurso real (arts. 55, 119 párrafos segundo y cuarto inciso b) –según redacción Ley 25.087– CP). El SA es padre de la menor víctima que tenía al momento de los hechos investigados entre 4 y 6 años de edad.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. Asevera que su pupilo no estaba en el lugar de los hechos. Se agravia por la indeterminación de la fecha y la calificación legal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1316, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Palacios
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

- L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062

b-CSJN

- González Nieva, Jorge Enrique. Fallos 343:1181

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

- Bulacio c/ Argentina. Sentencia 18-09-03. Serie C, N 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

Informes citados.

Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148

Doctrina citada

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05684696-9/1((028601-150)) FC/ PEREYRA PAULO EUGENIO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR EL ACCESO CARNAL (150) (19488) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105869055*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05684696-9/1 caratulada “FC/ PEREYRA CABELLO, PAULO EUGENIO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El defensor de Paulo Eugenio Pereyra Cabello interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1316 en tanto condena al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en tres hechos independientes, en concurso real (arts. 55, 119 párrafos segundo y cuarto inciso b) –según redacción Ley 25.087– CP).

Este pronunciamiento fue dictado por la Sala Unipersonal N° 2 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sentenciante tuvo por probados tres de los cuatro hechos contenidos en la acusación.

En primer lugar, que en la ciudad de General Alvear entre los años **2005 a 2006**, en el lapso de tiempo correspondiente al **régimen de visitas** que comprendía los días sábados desde las 11 horas hasta los domingos a la hora 19, en el domicilio de calle..., departamento trasero, el acusado en ocasión de bañar a su hija, le besó la boca y le introdujo los dedos en la vagina.

En segundo lugar, que en las mismas circunstancias de tiempo y lugar detalladas precedentemente, en horas de la siesta, en la cama que se encontraba debajo de la ventana en el comedor, el acusado tomó a su hija de las piernas y la penetró con su pene por vía anal.

En tercer lugar, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar prementadas, encontrándose el acusado acostado sobre la cama junto a su hija, él se bajó la ropa interior, tomó a la víctima por los hombros, la desplazó hacia el final de la cama e hizo que le succionara el pene.

2.- Recurso de casación

Expresa el recurrente que se queja por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP.

Apunta que el juez se fundó casi con exclusividad en la **declaración de la madre de la víctima**, habiendo desechado algunas testimoniales ofrecidas por la defensa, que tenían como objetivo demostrar que su pupilo no estaba en el lugar donde presumiblemente se produjeron los hechos.

Destaca que no pretende acreditar que éstos no ocurrieron, sino que su asistido no estaba en el lugar o bien, que estaba acompañado de otras personas.

Agrega que se realizó una ponderación parcial de los testimonios, confiriéndole valor a los dichos de la madre de la víctima y a los de ésta en la Cámara Gessel.

Refiere que los hechos habrían sucedido entre los años 2005 y 2007, es decir, entre diez y trece años antes de la denuncia y de la cámara Gessel, en momentos en que la presunta víctima tenía **entre cuatro y seis años de edad**, de donde deriva que hay imágenes que se distorsionan con el tiempo y que, incluso la víctima, refiere que es como un sueño.

Expresa que durante los alegatos pidió la absolución de su defendido, porque no se determinaron en forma circunstanciada, las modalidades de tiempo y modo, esto es, cuándo comenzaron y cesaron las conductas posiblemente abusivas.

Se queja puntualmente, porque el sentenciante no valoró que **esa indeterminación temporal**, impidió el ejercicio del derecho de defensa de su pupilo, resaltando que se hubiera podido indagar más sobre ello, ya que una niña de quince años puede tener una acertada ubicación en el tiempo y el espacio.

Se agravia igualmente, porque el juzgador tuvo por probado que los abusos habrían acaecido entre los años 2005 y 2006, mientras que la acusación menciona el 2007 como fecha límite, por lo que la sentencia **es incongruente**.

Aduce que la mención que hace el sentenciante a segundos y terceros hechos de abuso, hace imposible la interpretación del fallo y lo tornan incongruente y contradictorio, motivo por el que pretende su nulidad, ya que se han violado las reglas que rigen el correcto razonamiento humano.

Se queja asimismo, porque no se consideró debidamente la declaración de su defendido.

Pide que sea absuelto por aplicación del art. 2 CPP, ya que las pruebas existentes no permiten arribar a un estado de certeza.

Por último, dice que la **calificación legal es errónea**, ya que en todo caso se lo debió condenar por un abuso simple, no habiendo el juzgador fundado por qué motivo considera que la conducta del acusado fue gravemente ultrajante.

Formula reserva del caso federal

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado, porque el juez de la instancia anterior valoró correctamente la prueba, en especial la declaración de la víctima y motivó sólidamente la sentencia.

Opina que la ubicación del abuso entre los años 2005 y 2006 no conmueve la plataforma fáctica de la acusación, no habiendo sido violentado el derecho de defensa, resultando además la calificación legal, fundada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el juez se basó en las pruebas rendidas, en especial en la declaración en Cámara Gesell de la víctima P.G.P.V., quien denunció judicialmente en el año 2017 asistida por su progenitora, los abusos sexuales que recordaba que su padre le infringió entre los años 2005/2006, cuando ella tenía cuatro o cinco años aproximadamente.

Estos abusos, antes de la fecha de la denuncia, solamente se los había confiado a una amiga cuando eran pequeñas, quien prestó declaración confirmando este dato. Además, el sentenciante tuvo en cuenta los dichos de la madre de P.G.P.V, de quien percibió su interés en protegerla, asistirla y la ausencia de animosidad hacia el acusado.

Esta testigo tomó conocimiento del hecho en el año 2017, cuando la niña estaba viendo un programa de televisión que trataba sobre una menor de edad abusada por su progenitor, ocasión en la que le dijo, que a ella le había ocurrido lo mismo.

Tuvo en cuenta también el juzgador, entre otras pruebas incorporadas, el testimonio de la licenciada Notaro, que asistió psicológicamente a la víctima cuando era menor de edad y a quien se liberó del secreto profesional a los efectos de que pudiera deponer, así como el informe y pericia del CAI, que convergen en la credibilidad de la joven. Frente a este cuadro cargoso, carecen de envergadura para anular el fallo la crítica del impugnante sobre la «sobrevaloración de algunos testificantes [...]» (recurso, fs. 61), así como su manifestación sobre que no advierte «[...] el motivo o razón suficiente del por qué el juzgador le da crédito a los testigos de la víctima [...]» (recurso, fs. 62), su calificación como inconsistentes de los dichos de ésta, sus familiares y amiga. Lo mismo puede decirse de la esgrimida incongruencia de la sentencia, que el recurrente centra en que el juez de la instancia anterior condenó solamente por los hechos que tuvieron lugar entre los años 2005 y 2006, en lugar de incluir los acaecidos en el 2007, tal como surge de la acusación fiscal.

También, de la falta de claridad en la que habría incurrido, al denominar al tercer hecho de la acusación como segundo y al cuarto como tercero, situación que ocurrió porque no consideró probado el segundo hecho de los cuatro por lo que pidió condena la fiscal.

En similar forma, no puede prosperar el agravio derivado de la falta de detalles y precisión sobre la época y demás modalidades de los delitos atribuidos, que habrían socavado el derecho de defensa del acusado, así como tampoco su reclamo por la ausencia de testigos directos que den cuenta de la veracidad del relato de la denunciante (recurso, fs. 65 vta. in fine), toda vez que evidencian una discrepancia con el criterio valorativo que utilizó el juzgador.

Discrepancia que prescinde de la opinión vertida por los expertos en psicología que entrevistaron a P.G.P.V., de la edad que tenía cuando fue abusada –entre cuatro y cinco años– y de la naturaleza de los hechos juzgados, que habitualmente son cometidos en ausencia de testigos.

Sobre este punto he dicho en el **precedente “González Palacios”**, que la comisión de estos delitos se desarrolla por lo general, en ámbitos de absoluta privacidad, aspecto que provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos.

Es por ello que el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal del mismo. Por su parte, la extensión de la declaración indagatoria prestada por el acusado, no ha sido mencionada por el juzgador como causante de la desestimación de sus dichos, como alega el defensor.

Por el contrario, este medio de defensa ha sido valorado en conjunto con el resto de las probanzas. Esto es, con el examen psiquiátrico del Cuerpo Médico Forense que le fue practicado y con los testimonios ofrecidos por su parte, justificando por qué consideró a estos deponentes, testigos de concepto, concluyendo en que ante la contundencia de las pruebas reunidas por la acusación, las que sustentan la versión defensiva, carecen de entidad «[...] como para debilitar o poner en crisis la acusación» (fundamentos, fs. 47), lo que se ha podido constatar en el marco de la presente revisión.

Además, la motivación de la resolución es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, debe adolecer de defectos que equivalgan a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso no ocurre.

La circunstancia prementada, esto es, que la motivación se ajusta a derecho, sumada a que no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP requerida por el impugnante, impiden que se subsuman los hechos en esta norma, según se ha dicho expedido este Cuerpo con anterioridad (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062), y en virtud de los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso **“González Nieva, Jorge Enrique”** (Fallos 343:1181).

Resta decir que el sentenciante debidamente asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Al respecto, considero oportuno destacar que sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en otros precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Brancello Urbón»; «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; «Castro Luis», entre otros**).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

En este sentido, encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en **«Ojeda Pérez»**, ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionarlos estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las

mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías:i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...]consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de«amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...]el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el“tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo,para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta

precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder así estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular, en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO**, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) – conf.«Zurita»–. A lo dicho se agrega, que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña a la fecha de los abusos, ostentaba una doble condición de vulnerabilidad que la atravesó (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el **Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la **Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña**» (párr. 154) –el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados

Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socio económica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad. Así lo he sostenido recientemente en **«Zurita»**.

Es conveniente destacar también que, en el precedente **«V.R.P.,V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH** señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, **especialmente en la esfera familiar**» (párr. 156).

En tercer orden, y tal como destaqué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe **estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas** con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Consideraciones que, reitero, entiendo que son plenamente aplicables al caso.

En cuanto a la subsunción en **derecho de la plataforma fáctica elaborada**, es errónea la afirmación de la defensa en el sentido que este punto no ha sido motivado. Por el contrario, el sentenciante se explayó sobre los motivos por los que entendió que concurrían las circunstancias agravantes previstas en la norma. Así, explicó que los abusos comprobados son gravemente ultrajantes, en virtud de la edad de la víctima, su reiteración, la modalidad de ejecución y las consecuencias dañosas que sufrió, descritas en el informe pericial que se incorporó en autos.

Reseñó que hubieron por lo menos tres abusos, con seguridad, entre los años 2005 y 2006, habiendo ocurrido los mismos en la intimidad de la vivienda del acusado, en la parte de atrás de la casa de su madre, estando solos los protagonistas, lo que entrañó un claro sometimiento de la víctima por parte de su padre. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Paulo Eugenio Pereyra.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros**).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de **manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa**, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso». En función de lo señalado sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Por otro lado, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo. En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla

decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. **CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr.. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre del 2003. Serie C, N|100.Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el defensor de Paulo Eugenio Pereyra Cabello.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

45- CAVIERES VIDELA y LEDEZMA PEREYRA. 30-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Asc													
	Conv						P1°							
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=744>

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y 45 y 46 del CP. Ley 26485. CDN. Belén Do Pará. CEDAW.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Autor. Partícipe primaria. Vínculo. Encargado de la guarda. Testimonio de la víctima. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó a LEDEZMA PEREYRA y a CAVIERES, a la pena de **once y ocho años de prisión** respectivamente; en el caso del primero por considerarlo **autor** del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal agravado por el vínculo y la guarda y en relación con la segunda, como **partícipe necesaria** en el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y la guarda (artículos 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo inc. b) y 45 y 46 del CP. Los SA del ilícito de autos, son la madre de la víctima y la pareja de la progenitora de la misma. El Tribunal advierte que la madre, que tuvo un rol activo en el hecho, se encontraba inmerso en un contexto de violencia, lo que fue ponderado al momento de la individualización de la pena.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona el valor decisivo otorgado al testimonio de la víctima.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por ambas defensas técnicas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1506, pronunciada por el TPC 1° - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Villegas Calabretto. 15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf

Doctrina citada

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17. CIDH

Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, párrafo 132. CIDH

Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en “Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia”, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169

RISSO, Valentina; “Delitos impropios de omisión: responsabilidad de la mujer garante víctima de violencia de género”, en “Discusiones actuales de Derecho Penal”, Alveroni, Córdoba, 2020, p. 361

AVILÉS, Lucía; “Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué”, Asociación de Mujeres Juezas de España, 2019, publicado en www.tribunafeminista.org

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05523599-0/1((018601-100226)) FC/ CAVIERES VIDELA SANDRA ADRIANA Y LEDEZMA PEREYRA JOSE IGNACIO P/ ABUSO SEXUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105706278*

En Mendoza, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05523599-0/1 caratulada “F. C/ LEDEZMA PEREYRA, JOSÉ IGNACIO Y CAVIERES VIDELA, SANDRA ADRIANA POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa particular de José Ignacio Ledezma Pereyra y de Sandra Adriana Cavieres Videla interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1506, pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello por cuanto los condenó a la pena de once y ocho años de prisión respectivamente; en el caso del primero por considerarlo autor del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal agravado por el vínculo y la guarda y en relación con la segunda, como participe necesaria en el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y la guarda (artículos 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo inc. b) y 45 y 46 del CP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia recurrida, en lo que interesa para la resolución del recurso interpuesto, tuvo por acreditado que «[s]in poder precisar fecha exacta, siendo aproximadamente a principios del mes de febrero de 2018, Sandra Adriana Cavieres Videla, encontrándose en su domicilio, le dio pastillas a su hija L N T H de 11 años de edad en ese momento, provocando que la misma quedara totalmente dormida, acostándola en la cama de Cavieres. En un momento, Lara se despertó por los dolores que sentía, observando a José Ignacio Ledezma Pereyra, pareja de Sandra Cavieres, desnudo encima de ella, introduciéndole el pene en su vagina, y escuchando a Ledezma que le decía a su madre ¿estás segura?, observando a Sandra Cavieres en la puerta de la habitación con la ropa de L en las manos, quien respondía afirmativamente. Posteriormente se despertó de nuevo, viendo a su madre, Sandra Cavieres, que le estaba colocando una crema para paspaduras en la zona genital. L N T H resultó lesionada con himen con desgarro incompleto antiguo en hora 1 y desgarro incompleto antiguo en hora 2, conforme al informe del Cuerpo Médico Forense practicado para fecha 06/12/2018». Para decidir en tal sentido el tribunal valoró entre los elementos probatorios más relevantes, los testimonios de L N T H, GDH, YJ H, S H, K M H, M R J, G L, U I L, L H, M O R, D V G, de S C, S M M, D V y A V B.

2.- Recurso de casación

La defensa particular de los acusados interpone recurso de casación con sustento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Se agravia por **valor decisivo que el tribunal de juicio otorgó al testimonio de la niña**, sin dejar espacio razonable para la aplicación del in dubio pro reo.

En ese sentido, considera que la amplitud en las facultades del juzgador para valor las pruebas, no puede conducir a la arbitrariedad de no valorar manifestaciones que siembran una duda razonable sobre la versión de la víctima y minimizar elementos sustanciales que no fueron tenidos en consideración en particular al momento de la realización de la Cámara Gesell.

Como segundo agravio considera que se ha **conculcado el derecho de defensa de los acusados**, toda vez que la jueza otorgó un significativo peso incriminante a un nuevo suceso, narrado por la niña que no forma parte de la acusación.

El tercer agravio de la defensa cuestiona que la jueza asignara una relevante importancia a la tarea de los profesionales psicólogos y psiquiatras respecto de la relación íntima entre G H y el acusado Ledesma.

Expresa que Gina **ocultó tendenciosamente su relación con el acusado**, y que esta situación debió ser considerada por los profesionales psicólogos y psiquiatras.

Afirma que G influenció a L «llenándola de odio, sed de venganza, contra Ledesma y su madre».

En cuarto orden considera que el examen ginecológico practicado a la víctima por la Dra. Brahim, da cuenta de un desgarramiento incompleto, pero según la defensa el mismo puede obedecer a múltiples situaciones, incluso ser congénito.

En quinto lugar, cuestiona la valoración de los testimonios de descargo por arbitrario e inconstitucional, en tanto fueron descartados por la jueza en razón del vínculo de aquéllos con los acusados –hijos de Ledesma Pereyra y hermana de Cavieres Videla–. De tal manera critica la apreciación de la jueza acerca de la credibilidad de sus declaraciones.

Finalmente, formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 13/17 el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. En tal sentido, considera que las supuestas contradicciones que resalta el defensor, responden a una visión sesgada de los elementos probatorios y, emergen como una opinión personal alejada de la prueba acreditada.

Con relación al vínculo existente entre Ledesma Pereyra y G H, estima que ésta última no ocultó maliciosamente dicha relación, sino que obedeció a una necesidad económica, que provocó que G tuviera una relación a espaldas de su madre.

Agrega que también resulta cierto que ningún beneficio otorgaba a G promover la acusación contra las únicas personas que la podían ayudar económicamente, lo que a todas luces indica que privilegió el apoyo a Lara para salvaguardar la salud, dignidad e integridad de la niña.

Así, el Procurador considera que la estrategia defensiva tiene como objetivo demostrar la animosidad en contra de los imputados, finalidad que no logra, sino que refuerza el valor convictivo de la prueba de cargo.

Por otro lado, expresa que la estrategia defensiva no hace referencia a los hechos denunciados sino que se dirige a desacreditar a los testigos del hecho.

Estas consideraciones de concepto están alejadas del núcleo principal, objeto del proceso, que son los abusos. Por ello esta insistencia en desacreditar a los testigos de la acusación es irrelevante respecto de la plataforma fáctica acreditada.

De igual modo encuentra que es sesgada la consideración del informe físico respecto de los desgarros del himen, que indican una relación sexual porque en la generalidad de los casos sucede de esa forma. Así, estima que lo que manifiesta la defensa resulta una excepción que confirma la regla, con lo cual aquel informe constituye un indicio grave, preciso y concordante que la niña ha declarado en forma creíble y verosímil que fue abusada.

De acuerdo con lo expuesto, considera que la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda existente de la autoría o de la plataforma fáctica, elementos que han sido tratados en forma conjunta por el tribunal de la instancia previa, en tanto su separación aprovecha a la posición de su cuestionamiento. Finalmente, y en conclusión, expresa que no ha existido arbitrariedad alguna en el razonamiento sentencial, el que se encuentra ajustado a las reglas de la sana crítica racional. En función de ello, considera que el recurso formulado debe ser rechazado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa de los acusados no puede prosperar. Paso a explicarlo.

En función de la naturaleza de los hechos investigados, entiendo importante señalar que en reiterados pronunciamientos destacué, en relación con manifestaciones de violencia sexual contra niñas, que debe tenerse especialmente en cuenta que éstas últimas ostentan «[...] una doble condición de vulnerabilidad que la[s] atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso» (ver al respecto, «Concha, Jesús», «Villegas Calabretto» entre otros).

A ello agregué que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

En este entendimiento resulta necesario referir que debido a las particularidades propias de los hechos como el investigado –pues, como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– es fundamental que el relato de quien expresa haber sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de niñas, sea cuidadosamente analizado y se le brinde un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

En este orden, entiendo que la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Ello, de acuerdo con la condición de vulnerabilidad de la víctima por ser mujer y niña. En este sentido, la jueza refirió que «[e]l hecho atribuido a los imputados aparece cometido contra una niña.

El Estado ha asumido la obligación de proteger a los niños de todas las formas de explotación y abuso sexual (art. 34 Convención de los Derechos del Niño). Partiendo de esa prescripción, se proclama que “cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione un testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia” (Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en “Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia”, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169)».

Así, «[p]or ser [L.N.T.H.] una víctima de abuso sexual menor de dieciocho años y revistir además la condición de mujer –habiéndose ejercido la violencia sexual sobre ella en razón de su género–, “se encuentra doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial.

Desde esta perspectiva, debe ponderarse su testimonio, partiendo de su credibilidad y sustentándose en prueba que corrobore su veracidad” (TSJCba, 27/07/2012, MJ-JU-M-73793-AR). Ambas vertientes –la de los delitos contra la integridad sexual y la de los delitos que suponen violencia doméstica contra una niña–, confluyen en otorgar al testimonio de la víctima un valor convictivo de preferente ponderación, en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios que tengan una confluencia de conjunto, sin dejar espacio razonable para el principio in dubio pro reo.

Ello se deriva de que este tipo de hechos suelen cometerse en ámbitos de intimidad ajenos a las miradas de terceros». Ahora bien, formuladas estas consideraciones, debe señalarse que el núcleo central del recurso consiste en el cuestionamiento respecto de la valoración de la prueba reunida en el legajo. En particular, la defensa busca derribar el testimonio de la denunciante al señalar que G H la habría inducido a formular la denuncia. Esto debido, a su criterio, a que ésta ocultó tendenciosamente la relación de índole sexual y económica que la vinculaba al acusado Ledezma Pereyra.

El cuestionamiento formulado debe ser descartado pues entiendo que la hipótesis defensiva, expuesta ya durante el debate –según puede apreciarse del registro audiovisual de las sucesivas audiencias– no sólo es una reiteración de lo ya alegado y tratado por la jueza de la instancia anterior –sin desvirtuarse sus argumentos– sino que, además, constituye una apreciación carente de respaldo.

El caso

Esto por cuanto la jueza tuvo por acreditada la existencia de los hechos atribuidos a los acusados, así como su intervención, en razón de la debida ponderación, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa.

En este sentido, debe señalarse que resultó decisivo el relato de la víctima que dijo que el día de los hechos había ido a la casa de su mamá y que, en esa ocasión, se puso a jugar con sus hermanos. Agregó que luego su madre llevó a bañar a sus hermanos porque estaban todos sucios.

Posteriormente ella se dio un baño y su madre le dio unas pastillas. Seguidamente, comió y como tenía mucho sueño su madre la acostó en su cama. Allí estuvo toda la noche. Cuando despertó, le dolía todo. En relación a los dolores padecidos refirió que, incluso en la noche la habían despertado, a partir de la cintura para abajo y veces en la zona de su pecho. Aclaró que se despertó, movió la cabeza y vio a los acusados y luego se volvió a dormir.

Luego señaló que se acordaba que estaba mirando el techo, que bajó la mirada, y el acusado estaba encima de ella, cuando movió la cabeza para ver si estaba su madre también allí, pudo corroborarlo. Refirió que el acusado estaba completamente desnudo y abusando de ella. En ese momento ella también estaba sin ropa y sentía que algo la estaba tocando de la cintura para abajo. Específicamente dijo «él me estaba tocando con su cosa. Me incomoda decirlo, él me estaba tocando con su pene».

En relación con su madre, dijo que ella estaba parada en la puerta con su ropa. Agregó que al otro día la madre le pedía perdón y ella no entendía por qué. A esta declaración de L.N.T.H. la jueza la consideró consistente con lo que manifestó en la entrevista preliminar y destacó que en ambas oportunidades la víctima fue clara al precisar el accionar de cada uno de los acusados. Así, además de la persistencia, la jueza considero que existían otros indicadores de credibilidad del relato de la adolescente. En cuanto a la forma, en tanto en la entrevista preliminar L.N.T.H. relató el hecho de manera espontánea, inestructurada, con uso del lenguaje gestual, expresando lo ocurrido en voz baja, con signos de vergüenza e incomodidad.

También en cuanto al contenido, debido a que L.N.T.H. hizo mención a percepciones sensoriales y a promesas de regalos por parte del acusado. Destacó, además, la progresión en la gravedad de los abusos. Si bien la defensa cuestiona las circunstancias narradas por L.N.T.H., la jueza valoró que, de acuerdo al informe del E.De.A.S.S. -realizado con la intervención de la perito de control, Lic. Vallina-, aquel relato resultó inestructurado, coherente y lógico, a la vez que brindó detalles de contexto y situacionales vinculados a las circunstancias de la vida cotidiana.

Además, tuvo en cuenta que aquel informe indicaba que L.N.T.H. evidenció un correlato emocional acorde a lo narrado, observándose timidez e inhibición, y no se detectaron indicadores de factores externos en el develamiento por parte de la niña de la vivencia de abuso sexual. (ver fs. 354/356). Durante el debate declararon la Lic. Galván –quien participó en la entrevista preliminar de L.N.T.H., así como en la Cámara Gesell y en la evaluación psicológica– y el Lic. Vallina. Estos testimonios también fueron meritados por la jueza al momento de fundamentar la materialidad del hecho objeto del proceso, así como la intervención de los acusados en él.

En este aspecto, la jueza destacó que la primera de aquellos profesionales señaló varios indicadores de credibilidad en el relato de la adolescente al brindar detalles de contexto, describir sus vivencias al momento del hecho y mostrar timidez e inhibición al hablar.

En relación con el segundo de los profesionales, la jueza tuvo en cuenta que si bien había disentido con su colega en el margen de error de las herramientas utilizadas en las evaluaciones psicológicas, coincidía en la credibilidad de lo relatado por L.N.T.H.

Sobre esta última declaración, la jueza refirió que no parecía probable que L.N.T.H., de acuerdo con su edad y medio sociocultural donde se desenvuelve, hubiese accedido a los tests que se le realizarían para ensayar o ajustar sus respuestas a lo probable.

Por otra parte, también se expidió acerca de la diferenciación que hizo aquel profesional sobre «creíble» y «verdadero» y señaló que precisamente en función de ello los dictámenes de profesionales constituyen una prueba más, dentro del elenco probatorio, que debe ser valorada en forma conjunta y correlacionada. A ello agregó que un relato «creíble» significa que reúne las características que lo hacen verosímil y que permiten descartar que sea «increíble».

Además, y también sobre la base de algunas afirmaciones del Lic. Vallina, la jueza afirmó que existían elementos externos al relato de L.N.T.H. que lo corroboraban –así, por ejemplo, el examen físico y ginecológico practicado que dio cuenta que aquella tenía dos desgarros del himen–. Además, y como bien lo destacó la jueza, el relato de L.N.T.H. se vio respaldado por los testimonios de sus hermanas G, Y y de K H.

Estas declaraciones además de reforzar los dichos de L.N.T.H., dieron cuenta de su grado de afectación. En este sentido, la primera de aquéllas relató que luego del hecho la víctima presentó cambios conductuales, estaba rara, dispersa, lloraba, empezó con pesadillas y ataques de pánico por lo que la medicaron para poder dormir. Luego concurrió al Programa de Maltrato Infantil. En particular, y sobre el testimonio de G H, la jueza destacó que su declaración versa sobre un aspecto importante en los delitos contra la integridad sexual: el develamiento.

En efecto, cuando **G advirtió los cambios en la conducta de su hermana**, mantuvo una conversación privada con ella y en esa ocasión, L.N.T.H. le contó lo ocurrido. Este dato, es valorado, con acierto a mi criterio por la jueza de la instancia previa, en tanto da cuenta de la veracidad del relato de L.N.T.H. Además, y como otro indicador de credibilidad en el relato de esta última, la jueza valoró que la declaración de G H puso de resalto el grado de psicoafectación de L.N.T.H.

En relación con la demora en la denuncia, G H refirió que L.N.T.H. le pidió esperar unos días para contárselos personalmente a sus hermanas y aclaró que después que tomó conocimiento sobre lo ocurrido L.N.T.H. no fue más a la casa de los acusados.

En cuanto al testimonio de K H la jueza señaló que su declaración ilustró acerca de los propios sentimientos al tomar conocimiento de lo vivido por L.N.T.H. y del estado de conmoción de ésta al momento de concretar la denuncia, compatible con la situación traumática por la que atravesó. Por otra parte, y como dato relevante, también valorado por la jueza, la propia testigo relató un hecho de connotación sexual ocurrido cuando ella tenía quince años y donde el protagonista fue Ledezma.

Sobre esa situación, y en relación con la acusada Sandra Adriana Cavieres Videla, la testigo dijo que «[...] Yo me junté con mi mamá a hablar y me dijo que lo habían hecho los dos porque ella veía que yo gustaba de él». En relación a estos testimonios de las hermanas de L.N.T.H. la jueza los valoró, acertadamente, a salvo de una eventual parcialidad. Esto especialmente por la doble vinculación parental que tenían con la víctima y la acusada.

Por su parte, debe destacarse que todas las testigos fueron coincidentes en lo que L.N.T.H. les contó y en que la acompañaron a formular la denuncia. También destacó que tanto K J como G H relataron experiencias vividas por ellas mismas que ponían en evidencia un entramado de situaciones donde Ledesma ocupaba una posición central y ejercía dominación sobre el grupo de mujeres integrado por las hermanas H y en donde Cavieres Videla tenía una actitud de aquiescencia y complicidad con Ledezma.

Por su parte, el examen ginecológico, practicado por la Dra. Brahim, reveló que L.N.T.H. al momento del examen no tenía lesiones en zona genital o anal, pero se constató que el himen presentaba un desgarro incompleto. Durante el debate, aquella profesional explicó que los desgarros en el himen son indicadores de haber mantenido una relación sexual, la que puede ser consentida o no y, tratándose de una persona menor de edad, ese desgarro podía ser incompleto.

El examen fue valorado por la jueza como un importante elemento de cargo. La defensa cuestiona el valor relevante que la jueza de anterior instancia asignó a este examen puesto que, desde su perspectiva defensiva, el desgarro incompleto del himen podía ser congénito. Además, sostiene que si el abuso sexual hubiese ocurrido, habría dejado secuelas más importantes en el himen debido a la textura física del acusado Ledezma.

El agravio en este sentido, no puede ser acogido porque la defensa desvirtúa el contenido del examen médico sin dar debida cuenta de la hipótesis que plantea. Ello, en tanto, la jueza sostuvo que si la defensa quería establecer aquello que afirmó debía haber interrogado sobre esos tópicos a la Dra. Bahim o haber propuesto un perito de control. Además, sostuvo que las secuelas físicas, de existir, varían según distintos factores.

Por otra parte, no puede dejar de tenerse presente que su peso convictivo no puede tomarse de manera aislada, sino que debe ser correlacionado con el restante material probatorio que respalda, tanto su contenido, como el relato de L.N.T.H. A todo lo referido la jueza sumó la valoración de lo informado por la Dirección de Promoción y Protección de Derechos –OAL de Guaymallén– en relación a la entrevista realizada a Gina Huarachi y a L.N.T.H. En este sentido la jueza ponderó que lo expuesto por Gina en el OAL coincide con las manifestaciones de L.N.T.H. en la entrevista preliminar ante el E.De.A.A.S. y en su declaración en Cámara Gesell.

A su vez, debe tenerse presente que la Dra. **María Olivia Roca, médica del Programa de Maltrato Infantil**, que tomó intervención a instancia de la derivación de la OAL, en el debate indicó que, si bien no pudo practicarse el examen específico a la niña por cuestiones circunstanciales, en cambio narró que la situación de la L.N.T.H. requería un tratamiento psicológico a largo plazo. En otro orden, considero que tampoco puede prosperar el agravio expuesto en el escrito casatorio relativo al valor del informe psicopedagógico elaborado por la Escuela N° 1-032 Mariano Moreno.

En este informe se consignó que L.N.T.H. había sido una alumna participativa y capaz, exteriorizando siempre un comportamiento obediente y respetuoso. Del mismo modo tampoco resulta procedente el

cuestionamiento que la defensa realiza a la sentencia respecto a la valoración del testimonio de la directora de la escuela, Mónica Raquel Julián, dio cuenta que el rendimiento de L.N.T.H. se había mantenido exactamente igual. En este tramo, la juzgadora expresamente sostuvo que esos elementos de prueba en modo alguno ostentaban la entidad pretendida por la defensa.

En efecto, si bien lo declarado por la directora de la escuela versa sobre un punto inespecífico de abuso sexual, el desempeño académico, ello por sí solo no desvirtúa la contundencia de la prueba de cargo. En otro orden, debe tenerse en cuenta la declaración de la niña en Cámara Gesell, que además de referir los sucesos aquí investigados, narró un episodio anterior, en el que relató que el acusado Ledezma Pereyra le había «manoseado» el cuerpo, desde el pecho hasta las rodillas y por arriba de la ropa.

En dicha oportunidad, la profesional del E.De.A.A.S., le preguntó por las promesas de regalos que Ledezma le hacía, a lo que L.N.T.H. respondió que «dos veces [el acusado] me compró patines, me quería comprar una tablet y mi mamá le dijo que no. Muchas cosas, yo le decía a mi mamá que quería comer esto y él al otro día lo traía, los viernes yo quería comer hamburguesas y él siempre iba al Veá y las compraba».

Destaco esta circunstancia, puesto que ha sido alegado como agravio al sostener la defensa que se conculcó el derecho de defensa de los acusados respecto de este hecho porque no fue intimado por el Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, entiendo que la crítica carece de asidero en las constancias de la causa puesto que la juzgadora de manera expresa, consideró que la narración de la menor aportaba de manera precisa sólo un indicio incriminante que evidenciaba en lo particular la progresividad de los abusos como también los mecanismos de seducción empleados por el acusado con L.N.T.H., pero al no haber sido intimado por el Ministerio Público Fiscal, el órgano jurisdiccional careció de jurisdicción para expedirse al respecto y así lo hizo saber expresamente (fundamentos, fs. 5).

Tampoco puede prosperar el cuestionamiento de la defensa en relación con la valoración de la prueba de descargo realizada en la instancia anterior por la juzgadora. Entiendo al respecto que asiste razón a esta última al referir que los testigos ofrecidos por la defensa son personas estrechamente ligadas a los acusados y, por lo tanto, interesadas en el resultado del proceso.

Destacó luego que los tres testigos coincidieron en que el acusado Ledezma no era agresivo, mientras todas las hermanas H dijeron que sí. Por su parte y en relación a lo declarado por los hijos de Ledezma sobre los días en que L.N.T.H. se quedaba a dormir en la casa de aquél, la jueza señaló que aún cuando ello fuera así, para la consumación del hecho atribuido bastaría con que la adolescente durmiera una o dos noches en ese domicilio.

En cuanto a Sonia Cavieres, advirtió parcialidad con la clara intención de favorecer a su hermana. Resulta importante destacar la adecuada ponderación con perspectiva de género de ese testimonio por la jueza al advertir en la testigo un doble baremo sobre su opinión en torno a la relación de Ledezma y G H. Ello por cuanto señaló que mientras G era quien provocaba con su vestimenta y que nunca debió involucrarse con la pareja de su madre; Ledezma cometió un desliz, «como todo hombre».

Al respecto la jueza advirtió un **claro estereotipo de género**, en el que el prejuicio machista que impregnaba su testimonio restó objetividad al mismo. He tenido oportunidad de referirme a la cuestión de estereotipos de género en el **precedente recaído en “González Sosa”** en el que sostuve que son «patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres

y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienden a:

- 1) perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros;
- 2) promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas» (art. 2º inciso e) del Dec. Regl. N° 1011/2010 de la Ley 26.485).

En razón que constituyen una de las causas de las desigualdades estructurales y violencias contra mujeres, los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para modificar «patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5 inciso a) de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cfr. Convención de Belém do Pará, art. 6 inciso b).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que dentro de los estándares internacionales de derechos humanos vinculados con la igualdad de género y los derechos de las mujeres, en particular relacionados con violencias y discriminaciones contra mujeres, la obligación de debida diligencia para ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna, implica también la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir en la labor de fiscales y jueces/zas (CIDH. (2015). Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, párrafo 132).

En definitiva, la contundencia de la prueba rendida, constituida principalmente por la declaración de L.N.T.H., así como los testimonios de Gina Huarachi y Yésica Huarachi, los informes del EDEAAS, y el examen físico ginecológico realizado a L.N.T.H., confirman la hipótesis acusatoria sin margen de duda que pudiera favorecer a los acusados. Circunstancia que impide finalmente acoger la petición de la defensa de aplicación del in dubio pro reo. E

En conclusión, la pretensión de arbitrariedad expuesta por la defensa respecto de la valoración llevada a cabo por la jueza de anterior instancia carece de valor pues no se brindan argumentos que permitan desacreditar su razonamiento.

Ello, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en relación con la motivación de las resoluciones judiciales (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros). Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», «González Sosa», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Ignacio Ledesma Pereyra y de Sandra Adriana Cavieres Videla.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

46- VARGAS RIQUELME. 02-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>

Lex: Art. 119, 1°, 2° y 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. f) y 55 del CP. Ley 26485. CDN. Belén Do Pará.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Convivencia. Menor de 18 años. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser gravemente ultrajante y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con abuso sexual agravado por acceso carnal y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119, segundo párrafo en función del primer párrafo, primer supuesto, y cuarto párrafo inciso f); 55; y 119 tercer párrafo en función del primer párrafo, primer supuesto y cuarto párrafo inciso f) del C. P.

La **defensa** interpone recurso de casación por inobservancia de normas de la ley ritual que establece bajo pena de nulidad (arts. 2, 199, 416 inciso 4° del CPP). En breve síntesis sus **agravios** son los siguientes: **a-** Vaguedad en la determinación del hecho de la acusación en que se basa la sentencia que menoscaba el derecho de defensa de V. R.. **b-** Falta de certeza sobre la existencia de las agravantes de la convivencia preexistente y del acceso carnal vía anal. **c-** Apartamiento de límites impuestos por los principios constitucionales en la determinación del monto de la pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1379, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Donaire. 08-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=14>
- Lorente, Luis Alberto
- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa.17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Basualdo Reyes
- Luna Cisterna.17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=66>

- Zapata Ojeda. 10-04-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=31>
- Teves Lucero. 05-07-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Italiani
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Brancello. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf

b-CIDH

- Espinoza González vs. Perú. 20-11-14.
- Castro vs. Perú. 25-11-06: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

c.-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

Doctrina citada.

ZIFFER, Patricia, ob. cit., pág. 121.

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 17 CIDH. (2011).

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Llorente.

(V.D.)

Fallo:

foja: 146 CUIJ: 13-05523598-2/1((018602-31302)) FC/ VARGAS RIQUELME RAUL GERARDO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO ... (31302) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105706275*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05523598-2/1 caratulada "F. C/VARGAS RIQUELME RAÚL P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO ...(31.302) S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La Defensora Oficial del imputado Raúl Gerardo Vargas Riquelme interpone recurso extraordinario de casación a fs. 109/117 contra la sentencia N° 1379 (fs. 77 y vta.), cuyos fundamentos obran a fs. 78/101 vta., que lo condena a la pena de doce años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser gravemente ultrajante y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con abuso sexual agravado por acceso carnal y por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119, segundo párrafo en función del primer párrafo, primer supuesto, y cuarto párrafo inciso f); 55; y 119 tercer párrafo en función del primer párrafo, primer supuesto y cuarto párrafo inciso f) del C. Penal, que se le atribuye en la causa N° P-31.302/19, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1. Sentencia recurrida

La sentencia recurrida consigna que en el juicio oral y público se debatió: «Que sin poder precisar fecha ni hora exacta, pero aproximadamente en el lapso comprendido entre el 09 de Mayo del 2.012 y 09 de Mayo de 2.014, en el domicilio sito en Barrio ... Mendoza, en momentos en que M.Y.S.O. de 8 años de edad aproximadamente en ese entonces se encontraba colgando ropa en el patio, R. G. V. R., quien convivía con la menor para ese entonces, en el domicilio de mención, obligó a la misma a que lo masturbara. En una segunda oportunidad, aproximadamente una semana después al primer hecho, en las mismas circunstancias, en horas de la noche, R. G. V. R., llamó a la menor para ofrecerle comida, para luego exigirle que lo masturbara en el pasillo de la vivienda, amenazándola con matar a su familia si no lo hacía. Inmediatamente luego de haberle exigido que lo masturbara, en momentos en que M.Y.S.O. se disponía a ingresar a su habitación, V. la agarró del brazo, le dijo que se bajara el pantalón, la puso contra la pared y la penetró analmente» (fs. 78 vta.).

En la sentencia, el Sr. Juez valoró la declaración de la Sra. Cinthia E. O., del Sr. L. A. S., entrevista a la menor en Cámara Gesell, declaración de la Lic. María Celeste Alfandrai, pericia psicológica-psiquiátrica de fs.

295/296, declaración de la Dra. M. G. D. V. C., declaraciones de F. V., V. V. y N. J. R., pericia de fs. 225/226 y declaraciones del Dr. Porfili, entre otras pruebas (fs. 89 vta./97 vta.).

En base a las pruebas mencionadas, el sentenciante concluye que se ha acreditado con certeza la autoría del Sr. R. G. V. R. en los injustos endilgados, porque desplegó una acción típica, antijurídica, culpable y punible, sin que hayan concurrido causales que excluyan la acción, que la justifiquen o excluyan la culpabilidad (fs. 99).

2. Recurso de casación

La Defensora oficial de la Vigésimo Tercera Defensoría en lo Penal, de la Primera Circunscripción Judicial, Dra. Carolina Alasino, interpone recurso extraordinario de casación por el Sr. R. G. V. R.. Lo funda en el artículo 474 inciso 2° del C.P.P., es decir, por inobservancia de normas de la ley ritual que establece bajo pena de nulidad (arts. 2, 199, 416 inciso 4° del CPP), (fs. 112).

Los agravios en que se sustenta el recurso de casación son los siguientes:

a- Vaguedad en la determinación del hecho de la acusación en que se basa la sentencia que menoscaba el derecho de defensa de V. R..

En tal sentido expone que es esencial el análisis temporal de cuando ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta que remonta a ocho o diez años atrás en el tiempo y que la prueba principal es la declaración de la joven M.Y.S.O.

Agrega que existe discordancia y contradicción de la prueba de cargo respecto a la fecha del hecho, lo que incide directamente sobre la agravante de la convivencia.

Al respecto expresa que durante la investigación preparatoria, el Ministerio Fiscal sostuvo que el hecho ocurrió entre el 9 de mayo de 2013 y el 9 de mayo de 2014. El imputado declaró y aportó prueba negando ser el autor del hecho, porque durante ese lapso de tiempo no habitaba en el domicilio referido ni tenía contacto con M.Y.S.O (fs. 113).

Se agravia también porque el acusador modificó la plataforma fáctica y cambió el lapso de tiempo en que ocurrió el hecho en su hipótesis acusatoria, en contradicción con la declaración de la víctima, quien manifestó en Cámara Gesell que aconteció «entre el 09/05/2013 y 09/05/13» (fs. 113 vta.).

Indica que la madre de la joven, C. O., cambió la fecha del hecho durante la audiencia de debate e indicó que su hija tenía 8 años, pero en sede fiscal manifestó que tenía 9 años de edad (fs. 114).

Expone que el padre de la joven, L. S., dio distintas versiones durante la investigación, en una primera oportunidad manifestó que su hija tenía 9 años y posteriormente que tenía 8 años de edad, mientras que durante la audiencia de debate incurrió en numerosas contradicciones (fs. 113 vta./114). Agrega que de la declaración de V. R. y de las testimoniales de F. V., V. V. y N. R., se acreditó que en el mes de julio del año 2012 dejó de vivir en el domicilio de Barrio ... y se mudó a ... con su familia, porque se había separado de la tía materna de M.Y.S.O, Sra. T. O., quien estaba en pareja con el Sr. M. B., alias «M.», según capturas fechadas el 08/11/2012 agregadas a fs. 275. A ello suma la partida de nacimiento del hijo de T. O. y M. B., en fecha 07/03/2014, que prueba que la concepción ocurrió en el mes de junio de 2013 (fs. 114).

b- Falta de certeza sobre la existencia de las agravantes de la convivencia preexistente y del acceso carnal vía anal.

Por un lado esgrime que no existe un relato claro de la joven sobre si se produjo una penetración anal, o solo se trató de un coito interglúteos, porque en la Cámara Gesell refiere un tocamiento del miembro viril de V. R., una semana más tarde un tocamiento masturbatorio seguido de la indicación que se bajara el pantalón y que la puso contra la pared, luego el audio se torna inaudible, y después la licenciada expresa «introduce el miembro,[¿] [S]i?, [¿][E]n dónde[?]» «[¿]En la cola[?]» (fs.114 vta.).

Por otra parte, refiere que la joven en su declaración no manifestó haber sentido dolor ni otra circunstancia que pruebe el acceso carnal, a lo que agrega la falta de lesiones físicas (cicatrices) en la zona anal, según surge del examen de fs. 152, y de la declaración de la madre de la joven que manifestó que no observó lesiones. Refiere que ante la ausencia de prueba directa o indiciaria debe aplicarse el principio de la duda, y no afectar el principio de inocencia reconocido tanto a nivel internacional como interno (fs. 114 vta./115).

c- Apartamiento de límites impuestos por los principios constitucionales en la determinación del monto de la pena impuesta.

Al respecto esgrime que la afirmación del sentenciante en relación a «una madurez y una comprensión suficientes como para entender con toda claridad, que conductas como las que protagonizó implican un absoluto desprecio a las reglas elementales que nos vienen impuestas naturalmente por el solo hecho de vivir en sociedad y que de su violación se derivan serias y graves consecuencias», son consideraciones relativas a la culpabilidad entendidas como acreditadas, pero no corresponde volver a tenerlas en cuenta al momento de justificar el monto impuesto de la pena para agravar la conducta de V. R., sobre todo cuando no existe prueba sobre su madurez (fs. 116).

Agrega que cuando el juzgador hace referencia, según el informe del profesional de la parte acusadora, a la ausencia de rasgos patológicos compatibles con los de un abusador sexual y le atribuye «un valor neutro» –sin condición de agravante ni de atenuante–, nuevamente se realiza una afirmación que no se corresponde con la tarea de determinación de la pena, sino de responsabilidad penal respecto de la que ya se expidió en forma afirmativa (fs. 116).

También se agravia porque al hacerse referencia al examen psíquico de V. R., no se tuvo en cuenta que se practicó siete años después del hecho por el que se lo condena, lo que viola las reglas de determinación de la pena y culpabilidad por el hecho, porque no puede afirmarse que es la misma personalidad de su defendido a los 21 años que a los 26 años de edad.

En su opinión las pautas subjetivas del artículo 41 del C. Penal debieron ponderarse retrotrayéndose al momento de la comisión del hecho, como ocurrió con las pautas objetivas, y no siete años después (fs. 116 vta.). Por último, refiere que no se tuvo en consideración la juventud de su defendido al momento del hecho, la escasa formación educativa y cultural, la adicción a las drogas que reconoció que tenía en esa época (fs. 116 vta.).

Plantea reserva federal para el supuesto que no se haga lugar al recurso de casación interpuesto (fs. 117).

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que debe rechazarse el recurso de casación planteado y convalidarse la sentencia impugnada (fs. 128).

En primer lugar, expresa que en la sentencia se realiza **un análisis global de las pruebas rendidas en autos, y se le atribuye credibilidad al testimonio de la menor víctima** enumerándose los motivos y elementos en que se funda, tales como la declaración del imputado y de testigos presentados e informes psicológicos (fs. 125 vta./126).

En relación a las circunstancias de tiempo y convivencia al momento de los hechos, expone que se ha probado que ocurrieron en la vivienda que compartía la menor con el imputado en Barrio ..., entre el 9 de mayo de 2012 y hasta fines de julio de 2012, con fundamento en la credibilidad de la víctima que surgió de sus dichos en Cámara Gesell, verificada por profesionales expertas en abordajes de niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales (fs.126).

Con relación a la agravante por acceso carnal, refiere que la médica que realizó el examen físico a la menor expuso que puede no quedar una lesión y si la hubiera, también podría ser por otros motivos, razones por las cuales el Sr. Juez consideró que la prueba resultaba de un valor neutro y otorgó importancia a los demás elementos probatorios, como la declaración de la víctima que manifestó claramente haber sido accedida analmente por el imputado (fs. 126 vta.).

Agrega que también se evaluó el impacto emocional que los hechos causaron en la menor, la llevaron a intentos de hacerse daño y la necesidad de espacios psicoterapéuticos para tramitar esa situación, como también, que las pruebas que acreditan la autoría del imputado son detalladas y numerosas, por lo que en su opinión la estrategia de la defensa aparece débil ante las probanzas de autos (fs. 126 vta/127).

Finalmente, esgrime que la pena impuesta no aparece desproporcionada ni carente de fundamentación, porque el Sr. Juez ha tenido en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar, el aprovechamiento de las necesidades que tenía la familia de la menor que en ocasiones no tenía comida, la historia personal del imputado, y que no se ha vulnerado el principio non bis in idem porque al imponer la pena, el sentenciante explicó el modus operandi del justiciable para perpetrar los ataques contra la integridad sexual de la menor, (fs. 127 vta./128).

4.- La solución del caso

Voto del Dr. Adaro . Preopinante.

La revisión de la sentencia casada y el análisis de los agravios planteados por la Defensora Oficial de V. R., me permiten adelantar decisión sobre la improcedencia sustancial del recurso de casación interpuesto. Veamos las argumentaciones de mi pronunciamiento según los agravios expuestos en el **punto 2**.

a.- Vaguedad en la determinación del hecho de la acusación en que se basa la sentencia que menoscaba el derecho de defensa de V. R..

En primer lugar, advierto que en la sentencia se aborda el tratamiento del planteo de la Defensa Oficial en cuanto a la fecha de los hechos investigados, y se rechazan sus conclusiones en la determinación temporal del período de tiempo comprendido entre el día 09 de mayo de 2013 y 09 de mayo de 2014. Se argumenta al respecto, que el lapso contenido en la acusación entre el 09 de mayo de 2012 y el 09 de mayo de 2014 –en base a elementos objetivos– «[...] se ha podido precisar en un marco más acotado la fecha o el lapso en que tuvieron lugar, y esto fue entre el 9 de mayo de 2012, tal como surge de la requisitoria fiscal, y no más allá de fines de julio de 2012, aproximadamente, fecha en la que el imputado se fue a vivir a ...» (fs. 93 vta.) –el resaltado es propio–.

En este segmento de la sentencia, se explicita que hay que tener en cuenta que la menor develó los hechos cuando casi tenía quince años de edad, es decir, casi siete años después de ocurridos los hechos cuando era una niña, y que si bien en la primera imputación se fijó el lapso temporal entre el 9 de mayo de 2013 y el 9 de mayo de 2014 (fs. 38), después de realizada la Cámara Gesell en fecha 19 de setiembre de 2019 se modificó el avoque, y «[...] se agregó el hecho ocurrido una semana antes, es decir, cuando se encontraba colgando ropa, V. la obligó a que lo masturbara (fs. 235)» (fs. 94).

Argumenta el sentenciante que no se ha vulnerado el derecho de defensa de V. R. al establecer como fecha inicial del lapso temporal el día 9 de mayo de 2012, porque el Sr. S. S. prestó declaración testimonial a fs. 288/289, oportunidad en que dio las razones por las que manifestó que su hija tenía 8 años a la época de los abusos sexuales –y no 9 años de edad–, al tomar como referencia del recuerdo el cumpleaños de su hija M. de tres años, cinco años menor que M.Y.S.O, y porque en ese entonces trabajaba en ... (fs. 288).

Esta declaración del Sr. S. S. coincide con lo manifestado en la audiencia de debate oral (ver registro audiovisual de fecha 09/11/2020, II parte, a partir del minuto 14:30, 19:20 y 24:15), y con el testimonio de la Sra. C. O. consignado en la sentencia a fs. 89 vta./90. La Sra. O., madre de la menor, refirió que en la época de los hechos M. tenía tres años y M.Y.S.O contaba con 8 años de edad, su hija habló sobre los abusos sexuales después que concurrieron a la Iglesia y el pastor preguntó si alguien había tenido algún problema con un familiar, y en relación a su marido se consignó: «se iba un mes y volvía tres o cuatro días, trabajaba en una empresa de construcción.

Su hija le dijo que cuando pasó esto, él (V.) le había dicho “esto te pasa porque tu papá no está acá con vos”. Por eso su hija sentía un rechazo hacia su marido» (fs. 89 vta./90). También se afirma que el período temporal en que ocurrieron los hechos, se estableció en base a la prueba documental de fotografías y mensajes de redes sociales acompañada por V. R. al prestar declaración en la instrucción, que demuestra que convivió con T. O. (tía de la menor) en el Barrio ... hasta mediados del año 2012, retirándose a vivir a ... el 20 de julio de 2012 por una pelea con su pareja.

Esta aseveración se corroboró con las declaraciones testimoniales de las hermanas de V. R., Sras. F. V. y V. V., y de su progenitora Sra. N. J. R., quienes coincidieron con la declaración del encausado en que vivió en ... a partir de mediados del año 2012 (ver fs. 94 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 03/12/2020, parte I, a partir de minutos 21:30 y 37:50; hora 01:01:40).

A su vez, los abusos sexuales denunciados y establecidos durante el lapso temporal determinado entre el 9 de mayo de 2012 y fines de julio de 2012, son respaldados con el relato de la menor en Cámara Gesell, al que se le atribuye credibilidad con sustento en la entrevista preliminar agregada a fs. 191 y vta., el examen psíquico de fs. 295/296 y las declaraciones de la psicóloga María Celeste Alfandari en la audiencia de debate de fecha 26/11/2020.

Destaca el juzgador que la Lic. Alfandari afirmó en la audiencia referida, que M.Y.S.O «identificó claramente al agresor con R.V., la pareja de su tía T. O., que al momento de los hechos convivían en la misma casa, lo cual se contrapone con el argumento de la Defensa al sostener que no identificó al agresor» (ver fs. 92 vta. de la sentencia y registro audiovisual de fecha 26/11/2020 a partir del minuto 31:15).

Subraya también, que la perito del EDeAAS explicó que la gravedad de los hechos de abuso sexual tuvieron un gran impacto en la menor y en la dinámica familiar, por ser **el imputado pareja de su tía T. O.,**

detectándose psicoafectación del relato e indicadores específicos de credibilidad fisiológicos (enuresis) e intelectuales, «presentando sintomatología postraumática.

Que todo ello ha ido acompañado de riesgo vital, porque ha existido más de un intento de hacerse daño, necesitando espacios psicoterapéuticos para poder tramitar estas situaciones descritas en Cámara Gesell» (ver fs. 92 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 26/11/2020, a partir del minuto 25:30).

En cuanto al sistema de valoración del relato de la menor, se expone en el fallo que por aplicación del principio de libertad probatoria en hechos de abusos sexuales infantiles, conforme jurisprudencia recaída en el **caso «Biscontín»** de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, el principio es que debe atribuirse credibilidad a los dichos de menores víctimas de abuso sexual infantil en cuanto al hecho nuclear, el que encuentra apoyo en elementos objetivos, tal como el examen psicológico de la menor que puntualizó indicadores específicos e inespecíficos de credibilidad del relato de M.Y.S.O. (fs. 94 vta./95).

Sobre el particular, **en el caso «Merlo Donaire», he adherido a la jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que en violencias sexuales**, «las exigencias para la determinación cronológica de los hechos deben ser menos estrictas, considerando el perfil psicológico del/[la] menor, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (**«Lorente, Luis Alberto»**)».

En el precedente citado he señalado dos premisas fundamentales cuando de violencias sexuales contra niñas y mujeres se trata.

En primer lugar, que estas violencias contra niñas y mujeres son manifestaciones de una cultura patriarcal que fomenta el control sobre los cuerpos y sexualidades de las mujeres.

En segundo lugar, que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproducen y fomentan las violencias sexuales (cfr. CIDH. (2011). Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 17).

Además, en pronunciamientos anteriores –ver **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes»,** entre otros– he dicho que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la valoración de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal **«Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **«Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re **«Leiva, María Cecilia»**, entre otros).

Específicamente, en situaciones de violación sexual contra mujeres, la Corte IDH ha enfatizado que por el tipo de agresión y contextos sin testigos, por la «naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, y por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho» (Caso **Rosendo Cantú y otra Vs. México**, párr. 100).

La Corte IDH afirma también, que por tratarse la violencia sexual de un momento traumático, su impacto puede derivar en imprecisiones al recordarlos, lo que no significa que los hechos sean falsos o carezcan de veracidad (Caso Espinoza vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 150).

Asimismo, en los fallos de este Tribunal antes citados, he afirmado que en el ámbito nacional, la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadas de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Ello así, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos, «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

De modo entonces que, en el mismo sentido que en el **caso «Merlo Donaire»** citado, por aplicación del enfoque de género, en la presente causa M.Y.S.O es titular de una doble protección jurídica conforme los estándares internacionales y regionales en materia de niñas en situaciones de abusos sexuales: por su condición de mujer y de niña.

Además, por aplicación del principio de interseccionalidad es plausible de una triple protección por haberse encontrado en una situación de pobreza que la colocó en mayor vulnerabilidad al momento del padecimiento de los hechos de abusos sexuales, conforme surge de la declaración de la Sra. C. O. transcrita en la sentencia: «Que, en una oportunidad, como en ocasiones no tenían para comer, él (Vargas) siempre les hacía una sopa o algo» (fs. 89 vta.).

Lo expresado surge de estándares internacionales previstos en los artículos 1º, 2.a, 3, 4, 7.b, 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en concordancia con la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobada por Acordada N° 24.023, entre otros. Sentado lo que antecede, y de acuerdo a las pruebas valoradas por el Sr. Juez, entiendo que el agravio no puede prosperar, porque no se ha vulnerado el derecho de defensa de V. R., al establecer como lapso temporal de los hechos de abusos sexuales denunciados entre el día 09 de mayo del año 2012 y fines del mes de julio del año 2012 aproximadamente. En efecto, a partir de la fecha establecida en la requisitoria fiscal de fecha 27 de julio de 2020, se determina el período a partir del mes de mayo de 2012 en el domicilio sito en Barrio ..., Mendoza, y se acota hasta fines del mes de mayo de 2012 conforme pruebas ponderadas dentro de la sana crítica, con perspectiva de género y según el principio de interseccionalidad en niñas víctimas de abusos sexuales.

b.- Falta de certeza sobre la existencia de las agravantes de la convivencia preexistente y del acceso carnal vía anal.

De acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, la credibilidad del relato de la joven durante la entrevista en Cámara Gesell, en relación a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos de abusos sexuales, ha sido corroborado con pruebas objetivas, tales como el examen psíquico de fs. 295/296 y las declaraciones de la Lic. María Celeste Alfandari, del Sr. S. S. y de la Sra. C. O., (fs. 96/97).

Así, en la sentencia se consigna que M.Y.S.O. en Cámara Gesell manifestó espontáneamente: «R. V... el ex novio de mi tía, T. O., hermana de mi mamá. Abusó de mi. Él me llama, ¿le dije que por qué?, vos vení un ratito... me dijo que le tocara el miembro, dije que no, me dijo que si no lo hacía iba a llamar a mi hermana.

Después me dijo que me bajara la ropa y me diera vuelta, me dijo que me pusiera contra la pared y entró su miembro (sic) (ver fs. 191)», (ver fs. 91 vta. de la sentencia; fs. 191 vta. P-31.302/19, transcripción de Cámara Gesell de fecha 04/12/2020 de la Unidad Fiscal Especializada de Delitos contra la Integridad Sexual incorporada al debate, y a partir del minuto 25:30 del registro audiovisual del 26/11/2020).

El relato de la joven de los hechos de violencias sexuales en Cámara Gesell, se develaron cuando asistió con su padre y madre a la Iglesia en ocasión que el hermano E. propuso reflexionar sobre situaciones de la niñez.

La joven manifestó que al recordar los hechos de abusos sexuales no pudo hablar, comenzó a llorar y después afuera pudo contarle a su padre. Este relato fue corroborado con las declaraciones del Sr. S. S. y de la Sra. C. O. (fs. 89 vta./90 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 09/11/2020, II parte a partir minuto 05:30).

Convivencia

La circunstancia de la convivencia preexistente de V. R. con M.Y.S.O., ha sido acreditada con la declaración de la menor en Cámara Gesell, las declaraciones del Sr. S. S. (ver registro audiovisual de fecha 09/11/2020, II parte, a partir del minuto 24.40), de la Sra. C. O. y de las hermanas y madre del causante, según declaraciones referidas en el punto anterior.

La perito psicóloga del EDeAAS –reitero– enfatizó en la audiencia de debate de fecha 26/11/2020 –a partir del minuto 26:30– sobre el riesgo vital y la sintomatología postraumática que le ocasionaron los hechos de abusos sexuales, incluso en la actualidad, a punto tal que tuvo intentos de hacerse daño y requiere apoyo de espacios psicoterapéuticos sostenidos en el tiempo por el monto de angustia observada, y la gran repercusión que tuvo en la dinámica familiar por el miedo que a su familia le pase lo mismo, debido al vínculo del agresor con su tía T., quien era su pareja por ese entonces (ver fs. 92 y vta. de la sentencia).

Lesiones corporales. Consentimiento para peritaje ginecológico.

En cuanto a la ausencia de lesiones corporales en la región anal de la menor, en el fallo casado se explica, según la declaración en la audiencia de debate por la Dra. María Gabriela Del Valle Casa del Cuerpo Médico Forense, que en estos casos «es algo muy inespecífico», porque pueden, o no, quedar lesiones según diversos y múltiples factores, tales como las dilataciones de la región anal y el tamaño de los genitales masculinos (ver registro audiovisual de fecha 26/11/2020, hora 01:01:30).

También se consigna que la Dra. Casa declaró que M.Y.S.O. le manifestó que V. R. la accedió analmente (ver fs. 92 vta. de la sentencia y registro audiovisual de fecha 26.11/2020 a partir del minuto 52:28). Al

respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la «obligación estatal reforzada de debida diligencia» cuando las investigaciones y proceso penal se da en el marco de violaciones sexuales contra niñas, y adoptó un enfoque interseccional que considera la condición de género y la edad de la niña (Caso **V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párrafos 154 y 155).

En el precedente citado ha considerado que «[...] sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

Asimismo, ha establecido la aplicación concreta de cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: «[...] principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual» (párr. 155).

La Corte IDH en el fallo referido, también ha acentuado la especial situación de vulneración de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, por distintos factores como la edad, su grado de desarrollo y madurez, las condiciones particulares de cada uno, entre otros. Además, ha subrayado que «[e]n el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

E incluso, en cuanto a los exámenes físicos de niñas abusadas sexualmente, en este precedente ha sostenido que «[...] considera que la solicitud de realizar **un peritaje ginecológico** debe ser motivada detalladamente y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditarla y/o impedir la investigación» (párr. 169).

En el mismo sentido, adicionalmente, la Corte IDH ha reconocido, a diferencia de otras experiencias traumáticas, que «[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.

De ello se desprende que es inherente a la violación sexual es sufrimiento severo de la víctima, aún cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas.

En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de una violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales» (**Caso Espinoza González vs. Perú**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 193).

De modo entonces que según los estándares internacionales mencionados, en el segmento de la sentencia en revisión, se han aplicado también parámetros específicos en materia de valoración de pruebas de niñas en situaciones de violencias sexuales, en base a los cuales se acreditaron las circunstancias de acceso carnal por vía anal y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con el agresor.

Luego, el agravio analizado tendiente a sostener que el abuso sexual fue interglúteos debe desestimarse en atención a las argumentaciones que demuestran con certeza las circunstancias agravantes de los abusos sexuales investigados.

c.- Apartamiento de los límites impuestos por los principios constitucionales en la determinación de la pena impuesta.

Previo a la revisión del tramo de la sentencia relativo a la doble valoración de la fundamentación del monto de la pena, haré referencia a la jurisprudencia de este Tribunal recaída en los casos «Córdoba» y «**Donaire Merlo**» acerca de la interpretación de los artículos 40 y 41 del C. Penal, a los efectos de la determinación de penas divisibles por razón del tiempo o de cantidad y criterios individualizadores, respectivamente.

En los precedentes citados, he afirmado que «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el artículo 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo “de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso”».

Asimismo, siguiendo la postura doctrinaria de Patricia Ziffer, sostuve que la enumeración del artículo 41 del C. Penal es enunciativa –no taxativa–, «[...] lo que implica que otros criterios no especificados en la norma pueden resultar, según las particularidades del caso, decisivos en la valoración seguida por el juez en el momento de individualizar la pena aplicable.

En definitiva, la decisión del sentenciante no será arbitraria siempre que la sentencia cumpla con el deber de que aquella tarea se desprende, esto es, según una fundamentación explícita que haga posible el control crítico racional en el proceso de individualización seguido».

Aplicada la jurisprudencia mencionada a las argumentaciones de la sentencia expuestas a fs. 99/101, advierto que el Sr. Juez ha procedido a **sustentar el monto de la pena impuesta** a V. R., de conformidad con lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del C. Penal y la jurisprudencia mencionada.

En efecto, la resolución impugnada valoró la edad de la víctima como un elemento objetivo que caracterizó el accionar delictivo de V. R., y explicó que ello no importaba una doble ponderación de la edad de la víctima que se superpusiera con la minoría de edad, circunstancia agravante propia del tipo aplicado.

Ello por cuanto, dentro de la minoría de edad que agrava el delito, la concreta edad de la víctima constituye un dato útil –y agrego, necesario– para meritar la pena a aplicar en concreto. La sentencia impugnada también ponderó que el acusado se aprovechó de la vulnerabilidad de la víctima no sólo por ser niña, sino también por carecer de alimentos.

Ello por cuanto, para asegurarse la ausencia de otros integrantes de la familia y cometer los abusos sexuales que se le acusaron, ofreció comida a altas horas de la noche a la niña para atraerla hacia él. Tal como se señala en la resolución, esta circunstancia es «[...] independientemente del aprovechamiento de la situación de convivencia en que se ha fundado la agravante enrostrada» (fs. 100).

En punto a las condiciones personales del acusado, la sentencia aludió a informes sobre su personalidad y a la información aportada por el propio V. R. en la audiencia de debate. El tribunal consideró que su juventud –21 años– y el nivel educativo alcanzado «[...] demuestran que al menos había alcanzado al momento de los hechos una madurez y una comprensión suficiente como para entender con toda claridad que conductas como las que protagonizó implican un absoluto desprecio a las reglas elementales [...] y que de su violación se derivan serias y graves consecuencias» (fs. 100 vta.). Ninguna de estas consideraciones vulnera la prohibición de doble punición, como afirma la defensa.

Las particulares características de un elemento objetivo del tipo –la concreta edad de la víctima, los concretos medios empleados para cometerlo, etc.– pueden y deben ser meritados para determinar la concreta penalidad aplicable dentro de la escala.

Contrario a la prohibición de doble punición es agravar la pena a partir de un elemento que ya está incluido en el tipo, es decir, no tener en cuenta sus particularidades sino la circunstancia típicamente prevista en sí misma.

Ello de manera alguna violenta la prohibición de doble valoración en la determinación de la pena, toda vez que la consideración del ilícito y la culpabilidad en este ámbito no se diferencian del ilícito y la culpabilidad de la teoría de la imputación en general. La distinción es de perspectiva, toda vez que en la teoría del delito lo importante es la consideración acerca si se encuentran configurados sus presupuestos y en la determinación de la pena, su intensidad. En este aspecto, lo importante es establecer relaciones acerca de la mayor o menor gravedad de ese hecho y la intensidad de situaciones que afectan a la culpabilidad (**Ziffer, Patricia, ob. cit., pág. 121**).

En tanto ello se lleve delante de este modo, no hay doble valoración (ver al respecto, y entre otros, los precedentes «**Luna Cisterna**» y «**Zapata Ojeda**»).

Tal situación es la que se advierte en la sentencia en análisis, ya que el juez de la instancia previa tuvo en cuenta, en función de la edad del acusado, la madurez y comprensión suficiente de los hechos como aspectos que válidamente pueden ser considerados para la determinación de la pena.

Ahora bien, en lo relativo al examen psíquico realizado en fecha 03/07/2019 a V. R. por el Dr. Profili, perito del Cuerpo Médico Forense e incorporado a fs. 225/226, el sentenciante, por un lado, le otorga un «valor neutro» en cuanto a la existencia de patologías sexuales que pudieran surgir de la personalidad del causante en los hechos de abuso sexual endilgados.

Por otro lado, al analizar aspectos de la personalidad relativos a su capacidad empática y relaciones interpersonales, destaca que surge del examen psíquico mencionado y de las declaraciones del Dr. Profili en la audiencia de debate, que tiene poca empatía y superficialidad como forma de vincularse, es «[...] egocéntrico, prioriza y antepone sus necesidades a las de los demás.

Su tolerancia a la espera de y a la frustración de sus necesidades es limitada, busca satisfacerla de forma inmediata, impulsiva y con poco esfuerzo, y tiende a conducirse de acuerdo a sus propios parámetros e

intereses. Puede manejar personas y situaciones en beneficio propio, y reaccionar con irritabilidad en situaciones frustración y conflicto, etc.» (ver fs.101 de la sentencia y a partir del minuto 09:00 del registro audiovisual de fecha 26/11/2020).

Considero que si bien el examen psíquico realizado a V. R. es de fecha 3 de julio de 2019 –cuando tenía 26 años–, y los hechos ocurrieron entre mayo y fines de julio del año 2012 – cuando tenía 21 años–, el juzgador valora su madurez a la época de los hechos y según el informe citado y las declaraciones del Dr. Profili en la audiencia de debate, de cuyas pruebas no se descarta que haya podido llevar a cabo los hechos de abusos sexuales atribuidos, ni surgen circunstancias que permitan la aplicación de atenuantes o excluyan su culpabilidad (fs. 100 vta./101).

Dicho esto, en este tramo de la sentencia infiero que el sentenciante **ha ponderado la asimetría etaria entre V. R. y M.Y.S.O. al momento de los abusos sexuales, y la especial situación de vulnerabilidad** que atravesaba la niña por la condición de género y situación de pobreza, que emanan de la aplicación de los principios de transversalidad del enfoque de género e interseccionalidad que deben estar presentes en la aplicación de todos los institutos y procedimientos penales (art. 75 incisos 22º y 23º de la Constitución Nacional, art. 7 de la Convención de Belém do Pará, art. 7 de la Ley 26.485, entre otros).

Expuesto lo que antecede, entiendo que el fallo en revisión contiene argumentaciones apoyadas en pruebas valoradas dentro de los principios del sistema de la sana crítica racional y en materia de género al aplicar en la determinación de la pena las circunstancias agravantes de los delitos de abusos sexuales atribuidos a V. R. (art. 40 del C. Penal), y pautas individualizadoras previstas en el art. 41 del C. Penal, conforme la normativa y jurisprudencia citada. Por tanto, el agravio en cuestión tampoco puede prosperar.

Es por todo lo expuesto hasta el momento que me pronuncio por el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia.

ASÍ VOTO

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante, y en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en este aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial de R. G. V. R..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

47- BARROZO CAÑADAS. 06-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										
VG	EG	NNA	-	IE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=750>

Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo, letra b y 55 del CP. Ley 24632. Acordada 24.023. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Concurso real. Inhabilitación especial para conducir transporte de pasajeros. Transporte escolar. Unificación de penas. Violencia de género. Valoración probatoria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial** para la conducción de vehículos de transporte de personas por el término de diez años como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda, varios hechos en concurso real (arts. 119, cuarto párrafo, letra b en función con el art. 119 segundo párrafo y 55 del CP). Asimismo, se impuso la pena única de nueve años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial indicada. El SA era encargado de la guarda, retiraba del colegio a la niña para llevarla a su casa. SP tenía 5 años.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, el lugar del hecho, el número de hechos, el testimonio de la menor, las conclusiones de la labor pericial, método utilizado en la misma. Finalmente cuestiona la calificación legal otorgada a los hechos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2211, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Díaz Bustos. 28-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcDBD.pdf
- Villegas Giménez. 18-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf
- Roncaglione. 01-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcRAF.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>

- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Di Césare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05566468-9/1((038601-92506)) F. C/BARROZO, MIGUEL ANGEL P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRA-JANTE AGRAVADO POR LA GUARDA EN CONCURSO REAL VARIOS HECHOS-(92506/18) (92506) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105749644*

En Mendoza, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05566468-9/1 caratulada "F. C/ BARROZO CAÑADAS, MIGUEL ÁNGEL P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Miguel Ángel Barrozo Cañadas interpone recurso de casación contra la sentencia N° 2211, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de ocho años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial para la conducción de vehículos de transporte de personas por el término de diez años como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda, varios hechos en concurso real (arts. 119, cuarto párrafo, letra b en función con el art. 119 segundo párrafo y 55 del CP); pronunciamiento dictado en autos N° P-92.506/18 por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Asimismo, se unificó la condena antes individualizada con la impuesta mediante sentencia N° 72 de fecha 21 de junio de 2018 dictada por ese tribunal en autos N° P-24.973/14 en la pena única de nueve años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial para la conducción de vehículos de transporte de personas por el término de diez años.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] sin poder precisar con exactitud la fecha pero durante el transcurso del año 2007 cuando la menor [P.B.G.L.] tenía 4 o 5 años de edad, era retirada del jardín "...” sito en calle casi esquina,, Mendoza, por el Sr. MIGUEL ÁNGEL BARROZO, quien antes de dejarla en el domicilio de la víctima, frenó el transporte que conducía, acostó a la menor en el asiento del acompañante, le bajó la bombacha, l[e] lamió la vagina y le apoyó su pene en la vagina de la víctima, hechos que se realizaron en varias oportunidades» (fundamentos, fs. 13).

Para así resolver, el sentenciante valoró la declaración efectuada en Cámara Gesell por P.B.G.L., la declaración testimonial de L. L., de É. L., del licenciado J M, de la licenciada Y D, de la licenciada M M, de la licenciada P D, de la trabajadora social M A, de la médica de familia R P, del licenciado S D, de la licenciada A L, de la médica S G y de los testigos ofrecidos por la defensa: M R, J G, C G y J A, de la perito de parte licenciada M Á R como también la declaración del acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación de la defensa de Miguel Ángel Barrozo Cañadas

Los recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Expresan que la sentencia recurrida contiene una serie de defectos de motivación por haberse transgredido las reglas de la coherencia y derivación en la valoración probatoria; circunstancia que deriva en una fundamentación aparente y, consecuentemente, en la nulidad del pronunciamiento.

Consideran que el sentenciante se basó fundamentalmente en el juicio moral o ético sobre la persona de Barrozo y no en la comprobación fáctica basada en pruebas concretas y discutidas en juicio.

La defensa técnica del acusado sostiene que el tribunal de juicio no ha tenido en cuenta que la declaración de la tía de la víctima es contradictoria con lo relatado por la niña en cuanto a las circunstancias de lugar y modo en que se produjeron los hechos endilgados.

Asimismo, los impugnantes señalan que no se encuentra probada la afirmación del juez sentenciante referida a que la víctima llegó en varias oportunidades sola con Barrozo y sentada en el asiento del acompañante, donde sucedieron los hechos.

Ello, teniendo en cuenta que tanto la tía como la madre de la niña dijeron que los abusos se producían **en los asientos traseros del vehículo de transporte escolar y la víctima manifestó, en Cámara Gesell, que los hechos se produjeron en el asiento del acompañante** de aquél vehículo.

Expresan que el tribunal de juicio ha tenido por creíble el testimonio de la víctima, basándose en el **CBCA utilizado por los profesionales intervinientes como guía** para determinar la credibilidad de la declaración. Sin embargo, entienden que se ha omitido considerar que ese sistema de evaluación del testimonio **no se encuentra validado en la República Argentina**, que lo correcto hubiese sido **utilizar el SVA, adoptado por la Corte de la provincia de San Luis y en la República de Chile**.

En función de esas dos circunstancias –la contradicción con lo declarado por su tía y por su progenitora y la falta de validación del sistema de evaluación en función del cual se determinó su credibilidad– cuestionan el valor probatorio otorgado por el juez interviniente al testimonio de la víctima de autos. En virtud de ello, consideran que el hecho no ha sido probado.

Asimismo, ponen en duda el examen psicológico practicado a la víctima por **no indicar las técnicas** utilizadas para llegar a las conclusiones informadas y que esa defensa fundó oportunamente tal cuestionamiento en las conclusiones de Antonio Manzanero, especialista en la materia.

A lo expuesto, agregan que el propio relato de la niña es contradictorio y esa circunstancia no fue valorada en la sentencia impugnada. En ese orden, señalan que la víctima manifestó en una oportunidad que los hechos sucedían tres veces por semana durante dos años en la salita de jardín de 4 años y en la salita de 5 años y, en otra oportunidad, la niña expresó que los hechos sucedieron sólo en tres oportunidades en dos años.

Finalmente, en relación a los agravios in procedendo, sostienen que los testimonios de R y A tampoco fueron tenidos en cuenta por el tribunal de juicio y que, al decir que viajaban con la víctima de autos, ponen en crisis que Barroso se quedara sólo con la niña en el transporte escolar y que ejecutara los hechos que se le atribuyen. Ahora bien, respecto de los vicios sustantivos, la defensa del acusado entiende que los hechos que se le endilgan a su defendido –en caso de que se consideren corroborados– sólo constituirían el delito de abuso sexual simple. Ello, toda vez que –según advierten– la tía y la progenitora de la víctima expresaron que el acusado llevaba a la niña al fondo de la vehículo tipo van, que le bajaba el

pantalón y le tocaba la vagina, lo que no se condice con la calificación de abuso sexual gravemente ultrajante por que fuera condenado Barroso.

Expresan los impugnantes que **tampoco se ha verificado en la víctima estrés postraumático**, lo que sumado a la duda respecto de la cantidad de hechos ponen de resalto la inadecuada calificación legal.

En función de ello, solicitan se haga lugar al recurso de casación deducido en favor de Barroso Cañadas.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que no se advierte defecto alguno en la motivación de la sentencia.

Así, entiende que no existe arbitrariedad en la valoración de la prueba, que es correcta la calificación legal en la que fueron subsumidos los hechos acreditados y que los argumentos casatorios no son más que una mera discrepancia que no alcanza a desvirtuar los fundamentos dados por el sentenciante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. De manera inicial, y como se explicará seguidamente, corresponde señalar que la sentencia cuestionada debe ser mantenida como acto jurisdiccional válido en razón de que no adolece de vicios que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Sentado ello y en relación al tema de fondo traído a consideración de esta instancia, advierto que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, por lo que estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–.

Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que P.B.G.L., quien fue víctima de abuso sexual, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. «Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso» (precedente «Concha, Jesús»).

Tal como he sostenido en el pronunciamiento antes referido, «en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la

verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66)». «Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos».

También se señaló en esa oportunidad que «la Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201)».

Y que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Es por ello que, «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)» (fallos «Concha, Jesús» y «Brancello Urbón», entre otros). Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (**Convención de Belém do Pará**), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera, «el art. 16 de la referida normativa establece como garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes» (**precedente «Galdeano Reyes»**).

En la misma dirección, y tal como he indicado en el precedentes «Concha, Jesús» , entiendo oportuno señalar que «la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima» (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

Formuladas las apreciaciones que anteceden y, tal como adelanté, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio, en tanto los cuestionamientos deducidos en esta instancia no son más que una reedición de lo que ya fue planteado en el curso del debate y que ha sido debidamente analizado por el juez de instancia anterior, con fundamentos que comparto.

Efectivamente, entre los vicios formales, los recurrentes cuestionan la credibilidad predicada de la declaración testimonial de la niña víctima, con fundamento en la contradicción de sus dichos con los de su tía y su madre; asimismo, con las declaraciones brindadas por M R y J A; y, finalmente, en función de que el método utilizado por los profesionales psicólogos para evaluar la credibilidad del testimonio no fue, a su entender, el adecuado. Ahora bien, tras analizar la sentencia puesta en crisis conforme las apreciaciones desarrolladas previamente, advierto que tales falencias no se verifican. Por el contrario, el juez interviniente ha tenido especialmente en cuenta las condiciones de niña y mujer de la víctima de autos, quien se encontraba «en una especial posición asimétrica de poder [...] al momento de los hechos respecto de Miguel Ángel Barrozo, por existir clara desventaja física y etaria, sumado a la confianza que el mismo había ganado respecto de los niños» (fundamentos, fs. 28) y, en función de ello, ha ponderado los elementos de prueba incorporados a la causa. Al momento de valorar la credibilidad de los dichos de la niña, el tribunal de juicio consideró que era veraz y que no advertía inducción, ya que «cuando pudo incluir datos que podrían haber empeorado la situación del imputado, con total sinceridad dijo no saber, por ejemplo afirmó que no había existido penetración, que no le había hecho hacer otra cosa» (fundamentos, fs. 29).

Y agregó que «[e]s razonable la imposibilidad de la víctima de dar mayores detalles del lugar del hecho, conforme el tiempo transcurrido y las circunstancias de realización» (fundamentos, fs. 29), lo que desvirtúa el planteo de los recurrentes tendiente a restar credibilidad al testimonio de la niña por haber variado el relato en cuanto al número de veces en que se habrían producido los abusos y por no resultar coincidente en ese aspecto con lo relatado por su madre y su tía. En ese orden, no puede soslayarse que estas dos relataron «el modo en que la menor puso en conocimiento el hecho, como también la manera en que buscó apoyo en una amiga y su tía para poder contarle a su madre» (fundamentos, fs. 30), coincidiendo en este aspecto con la declaración de la víctima.

Si bien pueden existir inconsistencias entre sus dichos y lo relatado por la niña, las variaciones en el relato de esta última deben ser analizadas de acuerdo al tiempo transcurrido y al contexto en el se produjeron los abusos, tal como lo hizo el sentenciante.

Asimismo, corresponde señalar que el tribunal no advirtió motivaciones en la madre de la víctima para prestar una declaración mendaz en contra del acusado, lo que le aporta mayor valor convictivo a sus dichos. Es decir que el juez de instancia anterior sí tuvo en cuenta las denunciadas imprecisiones en el relato de P.B.G.L., pero –a diferencia del recurrente– valoró esas inexactitudes de acuerdo a las pautas que deben observarse en casos como el presente, donde la presunta víctima de abuso sexual no sólo es mujer, sino también niña, como se anticipó.

Tampoco resulta novedoso en esta instancia el agravio fundado en las declaraciones testimoniales de M R y de J A, que fueron en favor de Barrozo Cañadas. En efecto, durante el debate, la defensa del acusado consideró que el relato de estos testigos ponía en dudas los dichos de la víctima de autos, argumento que es reiterado en esta instancia alegándose, además, que tales elementos de prueba no fueron considerados por el sentenciante.

Sin embargo, tal planteo no puede ser acogido en esta instancia debido no sólo a que fue adecuadamente analizado en los fundamentos puestos en crisis, sino porque tales declaraciones de ningún modo controvierten los dichos de P.B.G.L. Así, M R expresó que P.B.G.L. y ella «vivían cerca y que eran las últimas que dejaba Barrozo.

De acuerdo al recorrido que hiciera la dejaba última a una u otra» y «no recordar haber viajado con alguien de apellido Abraham» (fundamentos, fs. 31), lo que no resulta contradictorio con lo manifestado por la víctima de autos. En lo que a la declaración de J A se refiere, resulta claro que ella tampoco fue pasada por alto por el juez de instancia anterior como sostienen los recurrentes.

Por el contrario, resultó «relevante [...] el hecho de que no la conocía [a P.B.G.L.], ni recordaba otros compañeros, afirmando únicamente que lo dejaban al último, lo que se contradice con quien sí mencionó recordar –M R– que viajaba con [la víctima] y que a veces la dejaban últim[a] a ellas y otras a [P.B.G.L.] según el recorrido» (fundamentos, fs. 32).

En otras palabras, el sentenciante efectivamente tuvo en cuenta y valoró las declaraciones de los testigos ofrecidos de la defensa, aunque no con el valor pretendido por ésta, lo que de ningún modo puede ser interpretado como arbitrario, sobre todo si justificó adecuadamente su decisión. Por otra parte, corresponde destacar que la crítica efectuada por los recurrentes en relación con el método utilizado por los psicólogos intervinientes para evaluar el grado de credibilidad de los dichos de la víctima, también fue introducida por la defensa del acusado durante el debate oral y refutado fundadamente por el tribunal de juicio.

En efecto, si bien los recurrentes consideran que la técnica CBCA (Análisis de Contenido Basado en Criterios) que fuera utilizada en el caso no se encuentra validada en la República Argentina y que lo correcto hubiese sido utilizar el SVA (Evaluación de Validez de las Declaraciones), adoptado por el Superior Tribunal de la provincia de San Luis y por la República de Chile, lo cierto es que «resulta endeble y abstracta la crítica de la defensa, ya que no refuta los resultados de los profesionales, ni las técnicas mencionadas utilizadas o criterios científicos que fueron aplicados al caso», tal como sostuvo el juez de sentencia a fs. 31 de sus fundamentos.

No pasa inadvertido que la defensa de Barrozo argumenta en esta instancia que su planteo se basó en la obra de Antonio Manzanero y que así lo hizo constar durante el debate. Sin embargo, los argumentos utilizados por el recurrente para fundar su agravio casatorio no constituyen más que una cita del autor

referido y su propio análisis sobre la inconveniencia del método de evaluación utilizado en la causa bajo estudio, lo que no se advierte suficiente para refutar las conclusiones a las que arribaron todos los profesionales que intervinieron en la causa y fueron valoradas por el sentenciante, máxime cuando la cuestión no fue tratada ni se le requirió ningún tipo de información a la perito de parte –licenciada María Ángela Ruiz– cuando prestó declaración durante el debate oral y público (ver fundamentos, fs. 26).

En definitiva, no se advierte ninguna de las falencias denunciadas por los recurrentes en la ponderación de los elementos de prueba incorporados a la causa, lo que conduce al rechazo de los agravios basados en tales argumentos. En lo que a los vicios sustanciales concierne, considero que corresponde dar igual solución.

Ello, debido a que el agravio sustantivo se basa en la inexistencia de los hechos endilgados al acusado, argumento que ha sido refutado en los párrafos anteriores. Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que el tribunal de juicio ha dado suficientes razones para considerar que los hechos tenidos por probados se subsumen en la figura del abuso sexual gravemente ultrajante.

En ese orden, distinguió los dos aspectos necesarios para la configuración del tipo aludido, es decir, las «circunstancias de realización» y su «duración en el tiempo», entendiéndose acreditadas «las circunstancias de realización del hecho, en donde Miguel Ángel Barrozo, encontrándose en una posición desigual de poder respecto de la víctima y aprovechándose de ello, utilizó a [P.B.G.L.], como mero objeto de placer, sin que la misma pudiera consentir, por su edad, ningún tipo de acto de connotaciones sexuales» (fundamentos, fs. 34).

Señaló también que «surgen con claridad las consecuencias severamente lesivas que el hecho le ocasionó [a la niña], las que perduraron a pesar del paso de los años, dejando un recuerdo indeleble que solo pudo mitigar con la ayuda de tratamiento psicológico», tal como señaló la licenciadas Andrea Lizana y Mariana Molina (fundamentos, fs. 34/35). Resta señalar que los hechos que se tuvieron por acreditados superaron el simple tocamiento comprendido dentro del abuso sexual simple –conforme pretenden los recurrentes–, de acuerdo con lo que ha señalado este Tribunal sobre la cuestión y tal como destacó el señor Procurador en su dictamen. En efecto, en el precedente «Roncaglione» se dijo que «[...] en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante la conducta desplegada por el autor tiene un alto contenido degradante y vejatorio para la víctima. Ello en tanto constituye un acto que, por las circunstancias de su realización o por su duración, implica por sí mismo un notable agravio a su dignidad e integridad sexual, produciendo una humillación mayor a lo que normalmente se verifica con el tipo básico de abuso sexual» (en el mismo sentido, «Díaz Bustos» y «Villegas Giménez»). Evidentemente en el caso de autos las circunstancias de la realización del hecho por parte del acusado a [P.B.G.L.] excedieron el mero tocamiento propio del abuso sexual simple pues lamó y apoyó su pene en la vagina de la niña, plus que notoria humillación para [P.B.G.L.].

En función de ello, no advierto ningún defecto en el encuadre jurídico de los hechos endilgados a Miguel Ángel Barrozo que amerite su descalificación en esta instancia.

En conclusión, considero que el juez de instancia anterior ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, con un claro acatamiento de los principios de la sana crítica racional y de las pautas referidas a la perspectiva de género que deben observarse en casos de doble vulneración de derechos –conforme a la jurisprudencia de este Tribunal–, cuyo apartamiento los recurrentes no han podido demostrar.

De acuerdo con todo lo expuesto, debe señalarse que la sentencia cuestionada debe ser mantenida como acto jurisdiccional válido en razón de que adolece de vicios que impliquen su anulación, tal como afirma la defensa.

Ello de acuerdo con la doctrina de este Tribunal en relación con la fundamentación de las resoluciones judiciales (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros). En consecuencia, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de la valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado, en lo pertinente, en los precedentes «Cruz Caporicio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales», «Ojeda Perez», «Vega», «Zurita», «Di Césare» y «Vazquez Tumbarello», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Miguel Ángel Barrozo Cañadas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

48- HERRERA RIVERO. 06-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv	NNA	-	IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=752>

Lex: Art. 119, 1° y 4° párrafo inciso f, 119, 3° y 4° párrafo inciso f y 55 del CP. Ley 26.485

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Convivencia. Concurso real. Violencia de género. Valoración probatoria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **veinte años prisión** e inhabilitación absoluta por el mismo término por encontrarlo penalmente responsable por los delitos de abuso sexual simple agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos) todo en concurso real –arts. 119 1° y 4° párrafo inciso f, 119 3° y 4° párrafo inciso f y 55 del CP– en concurso real por abuso sexual simple agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos) y abuso sexual con acceso carnal todo en concurso real –arts. 119 1° y 4° párrafo inc. f, 119 3° y 4° párrafo inc. f, 119 3° párrafo y 55 del CP–.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, una exclusión probatoria, y la determinación de la pena como desproporcionada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1396, pronunciada por el TPC N° 2- 1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

- Opazo Illanes. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOpazo.pdf
- García Contreras.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pineira. 23-04-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CSJN

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

c-CIDH

- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05569268-2/1((018602-744182)) HERRERA RIVERO JORGE RUBEN P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA (...) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105752782*

En Mendoza, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05569268-2/1 caratulada "F. c/ HERRERA RIVERO JORGE RUBÉN P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE EDAD (EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS) EN CONCURSO REAL CON ABUSOS SEXUAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE EDAD (EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS) S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Jorge Rubén Herrera Rivero interpone recurso de casación a fs. 88/90 vta. contra la sentencia N° 1396 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción que lo condena a la pena de prisión veinte años e inhabilitación absoluta por el mismo término por encontrarlo penalmente responsable por los delitos de abuso sexual simple agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos) todo en concurso real –arts. 119 1° y 4° párrafo inciso f, 119 3° y 4° párrafo inciso f y 55 del CP en los autos P-744.182/19 y por abuso sexual simple agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos), abuso sexual con acceso carnal agravado por convivencia preexistente con un menor de edad (en un número indeterminado de hechos) y abuso sexual con acceso carnal todo en concurso real –arts. 119 1° y 4° párrafo inc. f, 119 3° y 4° párrafo inc. f, 119 3° párrafo y 55 del CP- en los autos P-744.364/19, todo en concurso real.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 2 consideró acreditada la plataforma fáctica descrita en la requisitoria fiscal correspondiente a los autos P-744.182/19, según la cual «[e]n fecha no precisada, pero ocurrido desde el año 2011 (en momentos que la víctima [O.S.S.] tenía la edad de 9 años), JORGE RUBEN HERRERA RIVERO comenzó a abusar de la menor mencionada, en forma reiterada, en el domicilio en que convivían sito en calle... de Maipú, ello mediante tocamiento en sus glúteos, pechos y vagina y siempre aprovechando que la madre de la víctima S. D. L. M. M. (pareja conviviente de HERRERA RIVERO al momento de los hechos) se encontraba fuera del domicilio trabajando. Posteriormente a partir del año 2014 (en momento que [O.S.S.] tenía 12 años de edad), y siempre aprovechando que la madre de la menor se encontraba fuera del domicilio trabajando, los abusos que HERRERA RIVERO cometía contra la menor comenzaron a consumarse mediante acceso carnal vía vaginal, ocurriendo los mismo en forma reiterada hasta el mes de marzo del año 2019 (momento en que el encartado cesó la convivencia con la menor y su

madre), siendo realizados en el interior del domicilio antes mencionado como asimismo en el domicilio sito en Barrio... de Maipú (último domicilio en el que el incuso y la víctima convivieron)».

También encontró acreditados los hechos descritos en la requisitoria fiscal de los autos P-744.364/19, según la cual «[...] en fecha no precisada, pero ocurrido desde el año 2010 (en momento que la víctima [D.I.S.M.] tenía la edad de 9 años), JORGE RUBEN HERRERA RIVERO comenzó a abusar de la menor mencionada, en forma reiterada, en el domicilio en que convivían sito en calle... de Maipú, ello mediante tocamiento en sus glúteos, pechos y vagina y siempre aprovechando que la madre de la víctima S. D. L. M. M. (pareja conviviente de HERRERA RIVERO al momento de los hechos) se encontraba fuera del domicilio trabajando. Posteriormente a partir del año 2015 (en momento que [D.I.S.M.] cumplió la edad de 15 años de edad), y siempre aprovechando que la madre de la menor se encontraba fuera del domicilio trabajando, los abusos que HERRERA RIVERO cometía contra la víctima comenzaron a consumarse en forma reiterada mediante acceso carnal vía vaginal y anal, ocurriendo los mismos hasta el año 2018, teniendo lugar estos abusos en el domicilio sito en calle... de Maipú hasta el año 2016, luego en el domicilio ubicado en Barrio... de Maipú hasta el año 2019. Posteriormente que HERRERA RIVERO interrumpiera la convivencia con [D.I.S.M.], continuaron los abusos contra ésta en lugares abiertos, siendo los mismos descampados próximos a la Escuela de la víctima, siempre con acceso vía anal y vaginal. El primer abuso sexual que la víctima [D.I.S.M.] sufrió mediante acceso carnal ocurrió entre los meses de agosto y setiembre del año 2015 (cuando la misma tenía 15 años de edad) en la Estación de Trene..., en el interior de un vagón en desuso, introduciéndole sus dedos en la vagina para luego acceder con su pene vía vaginal. El último hecho del cual fue víctima [D.I.S.M.] fue a la edad de 18 años ocurrido en el mes de mayo y junio de 2019, ocasión que el incuso esperó a la mencionada en su Escuela, la llevó hasta un descampado ubicado frente A..., Maipú lugar la penetró, sin el consentimiento de ella, vía anal».

Para declarar la responsabilidad penal de Herrera Rivero por los hechos descritos en el debate, que se realizó de forma conjunta en relación con las causas de referencia, el juez tuvo en consideración, entre los elementos más relevantes: las declaraciones del acusado; las declaraciones de las dos víctimas (una presencial en el debate y la otra mediante reproducción de la declaración expuesta en Cámara Gesell), como también las declaraciones de los testigos S. D. L. M., Marlín Yanet Y. Castro, J. Rigoberto Sebastián Herrera y F. Emanuel Herrera; así como las declaraciones de las profesionales Laura Victoria Hanna, D. Michelutti y Ana Cucchi.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación en tiempo y forma por entender que existe inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal e incorrecta valoración de la prueba incorporada en el debate.

En primer lugar, cuestiona que no se haya hecho lugar a la exclusión probatoria peticionada en la instancia anterior por no habersele hecho reconocer la firma y el contenido a los profesionales pertinentes en determinados casos, y directamente no haberlos llamado a prestar declaración testimonial en otros.

Refiere que el haber esa parte adherido al ofrecimiento de la prueba testimonial para producirse al debate no influye en su crítica, que la prueba instrumental brindada se perfecciona cuando son reconocidas por el profesional interviniente en el debate de juicio.

Reitera que las pruebas que cuestionó deberían haber sido excluidas por no haber sido incorporadas de conformidad con las formas exigidas por el código de rito.

Denuncia como incoherente por parte del magistrado de la instancia anterior haber resuelto que no puede valorarse la prueba en la que no se citó a los profesionales y funcionarios para reconocer firma y

contenido, pero sí en los casos en que fueron citados pero no reconocieron en la audiencia la firma y su contenido.

En segundo lugar, cuestiona que se encuentren acreditados los abusos sexuales agravados denunciados. Afirma en este sentido que la sentencia carece de fundamentación y se sostiene sólo en la íntima convicción por encima de la sana crítica racional.

Reitera que los informes de fs. 58/59 no pueden ser valorados.

En tercer lugar, y en caso de que se haga lugar al recurso impetrado, refiere que de acuerdo a los arts. 40 y 41 del CP y los fundamentos establecidos en el cuarto punto del resolutivo de la sentencia, la pena justa y equitativa a aplicar en las presentes actuaciones sería de cuatro años y siete meses de prisión en efectivo.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 103/105 el Procurador General informa el recurso presentado en las presentes actuaciones y considera que si bien procede desde lo formal, no ocurre ello desde el punto de vista sustancial.

Destaca que el planteo relativo a la exclusión probatoria ha sido debidamente abordado en la instancia anterior.

Que la defensa tuvo su oportunidad procesal de oponerse a la prueba y no lo realizó, y que cuando lo hizo no explicó en que variaría el resultado con la ratificación de las firmas cuando los profesionales explicaron y detallaron todo el contenido en el debate oral.

En relación con la valoración probatoria que sustenta la sentencia de grado, refiere que el juez evaluó cada elemento y que el plexo probatorio que acredita los hechos atribuidos al acusado son numerosos, pertinentes y útiles que fundar la condena. En particular, respecto a los informes del Cuerpo Médico Forense, hace hincapié que no fueron tenidos en cuenta por el magistrado sentenciante como prueba dirimente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Herrera Rivero, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación. De manera preliminar entiendo oportuno destacar que en casos como el presente se impone valorar los diversos elementos de prueba con la debida perspectiva de género.

De tal manera considero importante recordar lo que sobre la cuestión he señalado en diversos precedentes. Así, por ejemplo, en «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», «Vega» y «Zurita».

En particular, como expuse en «Ojeda Pérez» comparto aquella concepción según la cual «[...] la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). En esa misma oportunidad destaqué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

«Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[!]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)». Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

En este sentido, en el precedente «**Brancello Urbón**» concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el precedente «**Zurita**» he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En esa oportunidad referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la **cultura estereotipada patriarcal** –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989).

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable, tal como lo señalé en «Zurita», el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso **V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018. En ese caso, la Corte se refirió a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de abuso sexual cometido en contra de una niña. En razón de ello, la Corte expresó que debía adoptarse un enfoque interseccional que tuviera en cuenta la condición de género y edad de la niña (párr. 154).

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad (ver al respecto mi voto en «Zurita»).

Es conveniente destacar también que, en el precedente «**V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua**» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156).

De este modo, «[e]n contextos familiares, cuando las niñas son abusadas sexualmente, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitoras y personas estrechamente vinculadas a éstas [...]. Por tanto, es importante también, analizar la declaración de la víctima «teniendo en cuenta si entre ella y el agresor existe o existió una relación de asimétrica de poder» y la información sobre consecuencias que pueden generar la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (Di Corleto, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299) [...].

Asimismo, el principio «interés superior de la niña» (artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros» (Herrera, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061)».

A ello debe agregarse que «la responsabilidad parental, como en nuestro ordenamiento jurídico democrático vigente, se rige por principios generales –entre ellos, el primero es el del interés superior del niño/a, de acuerdo al inc. a del art. 639 del CCyCN y a la Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional–, y el Código le impone a los progenitores el deber de «cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; [...] d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos [...]» (art. 646 CCyCN) y les prohíbe «[...] los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes» (art. 647 del CCyCN)» (ver al respecto lo señalado en mi voto en «Zurita»).

Por su parte, en el precedente «Vázquez Tumbarello» destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios. Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (ver al respecto mi voto en «Narvárez Videla»).

Todas estas pautas y consideraciones, como a continuación se analizará, han sido tenidas en cuenta por el juez de la instancia previa al momento de valorar los diversos elementos obrantes en la causa.

En primer lugar, entiendo que corresponde descartar los cuestionamientos defensivos en relación con la exclusión probatoria de los exámenes de los autos P-744.182/19 de fs. 158/159 – confeccionada por el E.De.A.A.S.– y de fs. 149/150 –confeccionada por el Cuerpo Médico Forense– y de los autos P-744.364/19 de fs. 111/112 –confeccionada por el Cuerpo Médico Forense– y de fs. 105 –confeccionada por el por el E.De.A.A.S.– por no haber sido reconocida firma y contenido de forma expresa por las profesionales que los suscribieron y su valoración por parte del magistrado de instancia anterior. El planteo resulta una reiteración del efectuado durante el debate oral, el que fue fundadamente resuelto por el juez sentenciante.

En el sistema procesal estatuido a partir de la ley 9.040 la audiencia preliminar es el momento procesal para viabilizar el planteo de la defensa (ver al respecto, arts. 364 a 371 del CPP, especialmente el art. 368). Como bien advirtió el juez, la defensa de Herrera Rivero no sólo adhirió e hizo suya la prueba instrumental en aquel momento, sino que ello fue sin observación o planteo alguno. A ello debe agregarse que la actividad procesal desarrollada por la defensa contraría la doctrina de los actos propios, regla derivada de la buena fe, por haber adherido en una primera instancia y sin haber efectuado impugnación alguna de la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal (ver al respecto, «Opazo Illanes», «García Contreras», entre otros).

Además, el magistrado de sentencia analizó acertadamente que «[...] el planteo no aparece correctamente fundamentado ya que el incidentante esgrime la exclusión probatoria de cierta prueba instrumental de manera meramente genérica, sin especificar qué violación de garantía constitucional está en juego y cuál habría sido su violación». De tal manera «[...] debió explicitar la incidentante de qué manera no haber ratificado [expresamente] firma y contenido de los documentos por parte de los testigos que declararon durante el debate o la ausencia de firma ológrafa en algunos documentos violentan garantías constitucionales, es decir, fueron obtenidas en clara vulneración de derechos fundamentales». También expuso, lo que entiendo relevante para la resolución, que los documentos cuestionados fueron oralizados y, sobre ellos, las partes pudieron interrogar a las profesionales durante sus declaraciones en el debate. En palabras del sentenciante, «[...] esos informes fueron introducidos correctamente, en forma oral por los testigos expertos intervinientes y durante la etapa de plenario, frente a todas las partes y el juzgador permitiéndose un interrogatorio libre y amplio sobre los puntos periciales».

Por lo expuesto entiendo que el planteo ha sido debidamente resuelto en la instancia anterior, no compartiendo el cuestionamiento esbozado por la defensa en esta instancia por sólo configurar una mera discrepancia con la decisión adoptada pero sin lograr demostrar la falla argumental que alega en la resolución judicial.

En segundo lugar, respecto al cuestionamiento sobre la valoración probatoria realizada en instancia anterior que llevó a concluir la acreditación de los hechos denunciados, estimo que tampoco corresponde hacer lugar al planteo defensivo. En efecto, la defensa critica que no existen elementos objetivos y palpables que acrediten la materialidad del hecho y la intervención del acusado y que no puede ser tenido en cuenta el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 58/59 por no haber sido citados los profesionales al debate oral.

Sin embargo, luego de analizar el plexo probatorio debidamente incorporado al debate oral y los fundamentos de la sentencia cuestionada, estimo que se encuentran acreditados los abusos sexuales agravados atribuidos a Herrera Rivero.

Por un lado debe señalarse que las partes realizaron acuerdo probatorio en relación a la edad de las víctimas, las circunstancias del lugar, la situación de convivencia preexistente con el acusado y que la madre se ausentaba del domicilio en la audiencia desarrollada en fecha 26 de octubre de 2020 (fs. 28 del legajo N° P-744.182/19). Sin embargo, y por otro lado, es importante destacar que también se corroboraron dichas circunstancias por las referencias efectuadas por los testigos durante el debate oral. La prueba central de los hechos surge de las declaraciones de víctimas O.S.S. y D.I.S. –hermanas menores de edad que convivían con el acusado– tanto en la declaración en el debate como la producida en Cámara Gesell en cada caso. Pero a ellos se agregan las declaraciones testimoniales de la madre y los hermanos de O.S.S. y D.I.S., quienes son hijos del autor sindicado en la investigación. Todas estas declaraciones aportaron detalles que apuntalan las descripciones de las niñas, como también las declaraciones expertas expuestas durante el debate.

En el caso de O.S.S., que declaró en Cámara Gesell, el magistrado de instancia anterior señaló correctamente que «[f]ue claro el testimonio prestado por [O.S.S.] en cuanto a que su [padre afín] la violaba y que la amenazaba con hacerle daño a su madre si ella se enteraba». Así, en su declaración la niña detalló que desde qué edad comenzaron los abusos sexuales y las distintas formas de sometimiento que fueron graduales e iban en aumento en lo que hace a la intromisión de la intimidad de la víctima. Así, en la sentencia se recogió de su declaración que «[c]omenzaron como simples tocamientos a la edad de 9 años y estas situaciones perduraron hasta sus 15 años, momento en que comenzó a ser penetrada vía vaginal hasta sus 17 años, en que dejó de convivir con el agresor».

«Los tocamientos consistían en que el imputado la manoseaba en los pechos y la vagina, aunque también le “[introducía] los dedos” [...] También el incuso refregaba sus partes íntimas en las partes íntimas de [O.S.S.], en su vagina».

«Narró además como eran parte de la mecánica utilizada por el incuso, como por ejemplo los horarios en la que las despertaba, temprano a las 5 y las 6 de la mañana y la hacía acostarse en la cama con él, mencionando también que la llamaba mientras se bañaba para que le rascara la cabeza, cuando en realidad luego se perpetraban los abusos. Mencionó además que el incuso había colocado días de la semana para abusarla, siendo éstos los días martes y jueves o viernes».

«También mencionó qué ocurría si ella se negaba, mencionando que la levantaba a las 5 de la mañana a limpiar o a darle un té al padre de él, golpes e insultos y amenazas continuas con hacerle algo a su madre, situación que no podía pasar inadvertida ya que había sido testigo de peleas entre él y su madre y golpes hacia ella».

Al respecto, comparto la valoración del juez de instancia anterior en cuanto a que se aprecia el correlato emocional coherente con lo denunciado y la acomodación al abuso intrafamiliar crónico, como también que el relato presenta rasgos de credibilidad. En particular, que «[e]n cuanto a los indicadores inespecíficos de ASI puede describirse la sintomatología corporal como alteraciones en la conducta alimentaria, sangrado recurrente de nariz vinculada a sensación de presión y nerviosismo, vómitos, alteración del estado anímico, irritabilidad, dificultades en los vínculos interpersonales, bajo rendimiento escolar y sensaciones de desborde frente a la problemática relacionada con la denuncia».

Por su parte, también entiendo correctamente valorada por el magistrado de instancia anterior, como prueba fundamental, la declaración testimonial prestada en el debate por parte de D.I.S., la víctima «[...] mencionó que alrededor de los 9 años el imputado Herrera la comenzó a tocar y ella pensó que era un juego, una demostración de afecto. Esto ocurrió hasta los 15 años. Sucedió en Maipú, en... Estas “caricias”

ocurrían todo el tiempo, hasta que a los 12 o 13 años se empezó a dar cuenta. EL... de 2015 la penetró analmente y al tiempo vía vaginal».

«Los abusos también transitaron en la casa de la abuela materna, esto es en el Barrio... de Villanueva. Ahí vivieron hasta sus 17 años y luego se fueron al barrio... de Maipú, en ese domicilio le ocurrieron los últimos abusos».

«Estas agresiones sexuales ocurrían en soledad, ya que los hermanos mayores y su mamá trabajaban y sus hermanos más chicos iban a la escuela. Cuando Herrera salía de trabajar en la carnicería, a eso de las 14/15 hs. ya estaba en la casa. En el lapso que su mamá llegaba de trabajar –alrededor de las 16 hs.– aprovechaba para consumir los abusos».

«Expuso que trataba de no hacerlo, no quería pero se sentía obligada ya que el incuso se enojaba, no la dejaba salir, la levantaba a las 6 de la mañana a hacer las cosas de la casa, cebarle mate, “me tenía de florero”. Dijo que además le tenía miedo, era un golpeador, y que en alguna oportunidad le “reventó la nariz” con piñas».

La víctima describió que tenía miedo a que lastimara tanto a la madre como a las hijas, que a su madre la tenía muy controlada y que las situaciones de violencia eran comunes al punto de que en una oportunidad a su madre «le reventó la cabeza con un mate por celos».

«Esto ocurrió hasta sus 18 años que se separa de la madre, pero la sigue yendo a buscar a la escuela. Ante una pregunta de la defensa técnica aseguró que fue abusada en más de diez oportunidades, tanto vía anal como vaginal. Ocurrió además que le dolía al orinar y hacer de cuerpo. Comenzó con dolores en la vejiga e infecciones, incluso llegó a estar internada, porque le dolía y no podía caminar, llegando a afirmar que “no quería volver, me quería quedar internada”».

«Los juegos consistían en tocarle la vagina, los pechos y la cola por arriba de la ropa y más adelante también por debajo de la ropa, sentarla en su falda y acariciarla. Durante estas situaciones no había nadie en la casa, lo hacía cuando estaban solos»

«Los tocamientos ocurrieron hasta sus 15 años y el día de su cumpleaños de 15 la penetró, por eso lo recuerda. Ocurrió en la Estación... donde trabajaba de seguridad. En esa oportunidad, siendo el mediodía, le dijo que fueran a los vagones a vigilar y ahí la penetró analmente. Mencionó que en ese lugar pasó otras tres o cuatro veces, y que a los 16 años la penetró vaginalmente».

En relación con esta víctima, el juez valoró adecuadamente que la situación de abuso crónico afectó mucho su vida, lo que también fue acreditado por el examen psicológico-psiquiátrico de fs. 105 y la declaración de la Lic. D. Michelutti, quien refirió que esto resulta determinante para acreditar la verosimilitud del relato detallado de D.I.S.

Los relatos descriptos por las víctimas poseen coherencia interna y se han mantenido a lo largo del tiempo y ante distintas personas de su familia y durante la investigación. A ello se agrega la corroboración de circunstancias periféricas que fortalecen las versiones de los testigos y permiten arribar al grado de sentencia exigido para condenar. En este sentido, tanto la licenciada Cucchi como la licenciada Michelutti corroboraron la modalidad de los ataques sexuales, el ocultamiento, las amenazas y la forma de develamiento de los sucesos delictivos, lo que empodera la fiabilidad de las manifestaciones de las víctimas.

Las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate acreditaron diversos extremos de los dichos de las niñas, otorgándoles mayor verosimilitud. Sobre la manera violenta de trato de Herrera y de mantención de su posición dominante en el núcleo familiar se refirieron, además de las víctimas de autos, S. M., J. y F. H. y M. Y.. Sobre cómo ocurrió el develamiento las víctimas, S. M., J. H. y M. Y.. Por su parte,

en relación con los cambios de conducta y de ánimo de las niñas víctima se expresaron las Lic. Michelutti y Cucchi, S. M., F. y J. H. y M. Y..

Además, como apreció el magistrado en la sentencia, «[c]omo indicio relevante en cuanto a la efectiva ocurrencia de los hechos de agresión sexual, lo constituye la declaración del hijo del imputado F. H.. Mencionó que en una oportunidad luego de almorzar le pareció raro que su padre los echara de la casa, luego cerró las cortinas de las ventanas. Tenía un pantalón Nike y con la mano en el bolsillo se tocaba el miembro. Era desesperación lo que tenía para que se fueran a la casa de su hermano. Quedó [O.S.S.] con él y luego su hermana se lo confirmó que el señor la había abusado. Mencionó además que todas las mañanas cuando se levantaba al baño estaba su papá acostado con alguna de sus hermanas y ellas sin corpiño. Las levantaba temprano, tipo 5.30 hs. cuando su madre se iba al trabajo y las pasaba a su dormitorio y las hacía dormir con él».

«En relación a D.I.S., expuso que si bien su hermana no le contó sobre los abusos sufridos, si tuvo oportunidad de leer un diario íntimo de ella en la que se refería que Herrera le quitó la virginidad a los 15 años, en la estación del metrotranvía de **Gutiérrez**».

El juez sentenciante también tomó en consideración la declaración del acusado expuesta durante el juicio oral, en la que negó todos los hechos investigados y procuró esbozar una teoría vinculada a la judicialización del cuidado de un hijo de la pareja, que no logró acreditar en forma alguna.

Como bien apreció el juez de instancia anterior «[...] ninguno de los testigos que declararon durante el curso del debate, ocultó o intentó minimizar esta situación de conflictiva familiar en torno al hermano menor. Varios declarantes se refirieron a la problemática desatada en torno a la tenencia de [C.H.]. La experiencia común indica que si ésta hubiese sido la intención al formular la denuncia, se hubiera intentado minimizar u ocultar esta temática, algo que no ocurrió».

«Incluso [D.I.S.] se refirió puntualmente al tema al expresarle a su madre que no quería realizar la denuncia justamente en sentido contrario a lo sostenido por Herrera. Para ella una situación de este tipo podía entorpecer la situación judicializada en torno a su hermano». En el mismo sentido se expresaron S. M. –madre de las víctimas y ex pareja del acusado– y J. H. –hijo de Jorge Herrera– y su pareja –M. Y.–.

En consecuencia, comparto con el juez de instancia anterior que se encuentra suficientemente acreditado que Jorge Herrera abuso sexualmente durante varios años en diversas ocasiones de las niñas D.I.S. y O.S.S. mientras convivían en el mismo domicilio y continuó haciéndolo con D.I.S. luego de que se terminara la convivencia, lo que configuran los delitos atribuidos por el Ministerio Público Fiscal en las presentes actuaciones.

Así, concluyo que el recurso interpuesto no puede prosperar en razón de que no se advierten los vicios que alega la defensa relacionados con la exclusión probatoria y valoración de la prueba obrante en autos. De tal manera puede afirmarse que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido al no ostentar falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante, y me remito a lo que he señalado en los precedentes «Galdeano Reyes», «Ontivero

Arancibia», «Merlo Lassa», «Alaniz Piñeira», «Concha Jesús» –entre otros– respecto a la forma en que la perspectiva de género debe aplicarse al caso.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 88/90 vta. por la defensa de Jorge Rubén Herrera Rivero.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

49- GODOY BATISTELLA. 13-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Conv													
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=746>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b y f, 29 inc. 3° y 55 del CP. Convención Belém do Pará. Convención Americana de Derechos Humanos.

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Encargado de la guarda

Summa:

El **TPC** condenó al sindicado a la pena de **diez años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en un número indeterminado de casos, en concurso real (artículo 119, segundo párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo letra b); f), 55 y 29 inc. 3° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación en los términos del Art. 474 inc. 1º y 2º del CPPM contra la sentencia N° 2209 del TPC N° 1 de la 3ª CJ.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa y confirmó la sentencia del TPC.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2209, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

b-SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Fernández, Pedro. 30-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180830_FcFPA.pdf
- Villegas Calabretto. 15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf
- González, Ricardo. 09-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcGR.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

c-CIDH

- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 22-02-02:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- González y otras (Campo algodónero) Vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05566195-7/1((038601-729084)) F C/ GODOY BATISTELLA RAMON ARIEL P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (729084) (729084/19)P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105749352*

En Mendoza, a los trece días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05566195-7/1 caratulada **“FC/ GODOY BATISTELLA, RAMÓN ARIEL POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa particular de Ramón Ariel Godoy Batistella interpone recuso de casación contra la sentencia N° 2.209 y sus fundamentos, pronunciada por el Primer Penal Tribunal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de diez años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en un número indeterminado de casos, en concurso real (artículo 119, segundo párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo letra b); f), 55 y 29 inc. 3° del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado la plataforma fáctica descrita en el requerimiento de elevación a juicio que da cuenta de los siguientes hechos acaecidos «con posterioridad al mes de marzo de 2002 y transcurso del 2003, cuando la víctima JC contaba con 13 años de edad, el acusado Ramón Ariel Godoy quién convivía con la niña, por ser la pareja de su madre, en el domicilio de calle ..., Mendoza, en una oportunidad en que se encontraba el acusado a solas con la menor en las caballerizas ubicadas en el domicilio, la puso contra la pared, le besó el cuello y el pecho, le tocó los senos y la cola por encima de la ropa, mientras le decía “ va a estar todo bien, vas a ver que la vas a pasar bien, me gustás, no sabes como me calentás”. Dichos tocamientos se repitieron periódicamente en el interior de la vivienda compartida, en distintos lugares de la misma, manifestándole constantemente “mirá como me pones la pija, vení” agarrándose el pene, exhibiéndoselo y haciendo que la menor lo masturbaba, efectuándole asimismo, él a ella sexo oral. Siendo que en una oportunidad cuando volvían al domicilio J.C. y el encartado, a bordo del vehículo de éste, un Renault 6 color rojo con los vidrios polarizados, se estacionó en un callejón sito en un descampado detrás del domicilio de ambos, y tras sacarle toda la ropa a la víctima, la besó, y le introdujo los dedos en la vagina manifestándole que si lo contaba a su madre se iba a morir o le iba a pasar algo muy malo. Las mencionadas situaciones de tocamientos se repitieron hasta el año 2011 o 2012 aproximadamente en que un día J.C, ya contando con la edad de 22 o 23 años puso fin a los abusos,

cuando el mismo al intentar tocarla, como siempre lo hacía, ésta montó en cólera y lo golpeó con sus puños». Para decidir de tal modo, el tribunal valoró diversos elementos probatorios, entre ellos la declaración testimonial de la víctima JCR, de Facundo Aníbal Castro, de María Rivadero Díaz, de Daiana Estefanía Nuñez, Gabriela Vargas Morcillo, entre otros.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como acto jurisdiccional legítimo.

La defensa expresa que la sentencia cuestionada se encuentra viciada por falta de motivación en relación a los elementos esenciales del delito enrostrado.

En ese sentido sostiene que la jueza de anterior instancia, omitió valorar la propia declaración de la víctima JC, prestada durante la audiencia de debate oral, que manifestó que el acusado se limitó a decirle “que se quedara tranquila y que todo iba a estar bien”. De tal modo considera que dicha expresión acredita que el acusado no doblegó la voluntad de la víctima.

Además señala que no existió abuso intimidatorio por parte del acusado, extremo que surge acreditado, a su criterio, con la declaración de la víctima JC, de F. C. y de M. R. D.. De igual manera agrega que no existió resistencia por parte de la víctima. Refuerza su hipótesis defensiva, con los testimonios de G. V. M. y de D. E. N., que a su criterio, confirman que la víctima estaba “como de novia con la pareja de su mamá” y que “comentaba que estaba en una relación y que era con Ariel...ella estaba como manipulada, no forzada, era algo que no debía salir a la luz” (recurso, fs. 12).

Expone como vicios in iudicando, la errónea calificación legal de los hechos, pues entiende que conforme a los hechos acaecidos, la a quo debió aplicar la figura prevista por el art. 120 del CP. Por otro lado sostiene que con la calificación legal que postula y, a aún con la escala penal de la figura agravada, la acción penal emergente del delito, se encuentra prescripta. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 8/1 vta el señor Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado. Ello por cuanto considera que no ha existido arbitrariedad alguna en el razonamiento sentencial y éste exhibe una adecuación a las reglas de la sana crítica racional, de la lógica y de la experiencia común y las pruebas de cargo otorgan plena certeza de la materialidad de los hechos, de su vigencia y de la autoría del imputado en el hecho investigado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en la especie no ocurre.

a.- Preliminarmente, y advirtiéndose que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–. Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que J C quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una **doble condición de vulnerabilidad** que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**«Concha, Jesús y ots.»**). La Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N°24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie**

C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

b.- Formuladas las apreciaciones que anteceden, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio, en tanto el planteamiento propuesto en esta instancia constituye una reedición de lo que ya fue planteado en el curso del debate y, que ha sido confrontado y descartado por la jueza de anterior instancia, con fundamentos que comparto.

A ello agrego que, el defensor articula sus agravios cuestionando esencialmente el testimonio de la víctima, fraccionando tramos de su relato sin la debida correlación con la restante prueba rendida en el curso del debate y en función de dicha estrategia defensiva construye una hipótesis fáctica en beneficio de su asistido, propio del ministerio que ejerce, pero que por carecer de sustento en la evidencia producida, no puede ser receptado en tanto dicha estrategia responde a uno de los más usados artificios, que es precisamente el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su reunión (cfr. Manzini, Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, T. III, Pág. 484/486, citado en **L.S. 79 - 473**).

Las falencias destacadas se advierten igualmente al momento de la formulación de los pretendidos vicios sustantivos, vinculados a la calificación legal cuya aplicación pretende, a partir de la premisa que indica a su criterio que la víctima no resistió los actos de naturaleza sexual investigados en el legajo, como también la ausencia de las circunstancias agravantes vinculadas al abuso intimidatorio de una relación de poder.

A partir de ello, el defensor y con la calificación legal que a su criterio debió aplicarse, postula que la acción emergente del delito de estupro, aún como figura agravada se encuentra extinguida por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, al analizar la sentencia puesta en crisis conforme las apreciaciones desarrolladas previamente, advierto que la juzgadora con apego a la perspectivas consignadas le otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por J C, en tanto entendió que el relato de la víctima resultaba verosímil, claro, consistente, coherente, sin afán de perjudicar al acusado. La jueza destacó para valorar verosímil el relato de la víctima que ésta «responde con total sinceridad. que no puede ni ha podido recordar si fue penetrada con el miembro, ni tampoco afirma la existencia de armas[...]» (ver fundamentos, fs. 11.).

A su vez, la jueza de sentencia destacó que lo relatado por la víctima estuvo respaldado por el examen psíquico y psicológico de fs. 45/46, en el que la Dra. Galera sostuvo que su relato resultaba creíble por su coherencia, por su lógica y admitió que la falta de memoria de la víctima en algunos episodios obedecía al tiempo transcurrido, a la vez que presentaba secuelas compatibles con el abuso sexual, orientación homosexual, sentimiento de rechazo y bronca con el agresor (fundamentos, fs. 12.).

Por su parte, las licenciadas Mariana Molina y Yamila Díaz, expresaron que no detectaron que la examinada presentara tendencias a la fabulación ni mitomanía, de lo que concluyeron que como producto de los indicadores específicos se detectó que el relato que brindó JC resultó espontáneo, claro y coherente, a la vez que aportó gran cantidad de detalles de contexto, situación y tiempo, en definitiva, que el relato de la víctima resultó sólido.

Desde una perspectiva diversa, el relato fue corroborado con el testimonio de los integrantes del círculo más cercano y de confianza de la víctima. En este sentido consideró que los testimonios de D. E. N., G. V. M., R. E. B., respaldaban los dichos de JC, en las circunstancias narradas por aquella. Como ya afirmara en párrafo que preceden, los agravios propuestos por la defensa se centran en cuestionar la credibilidad del

testimonio de la víctima y de las pruebas que lo avalan, al tiempo que intenta construir la verosimilitud de la versión de los hechos brindada por el acusado, a partir de un análisis aislado y parcial de las probanzas incorporadas al debate.

En efecto, el recurrente pretende como estrategia defensiva sostener que Godoy Batistella no doblegó la voluntad de la víctima, que siempre se limitó a decirle «que se quedara tranquila y que todo iba a estar bien» (recurso, fs. 5), considera que no existió abuso intimidatorio de una relación de poder, porque el acusado no tenía autoridad de padre para la denunciante, ni para su hermano, extremo fáctico reconocido por la madre de la víctima, M. R. D..

En este sentido, ha quedado suficientemente desvirtuado el argumento relativo al consentimiento por parte de la víctima toda vez que queda suficientemente desvirtuado a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta de la violencia sexual en que tuvieron lugar los hechos.

Ahora bien, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «[...] la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (**Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodnero) Vs. México**. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal. En este sentido, señalé en el precedente «**González, Mauricio**» que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres y niñas contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. Ver en este sentido, “ **González Sosa**”, Como previamente afirmé, la defensa a través de una interpretación parcializada de la evidencia reunida en el legajo, construye una hipótesis que pretende sea subsumida en el art. 120 del CP, es decir en la figura del estupro.

Es que, esta plataforma fáctica desde la perspectiva defensiva, no encuentra sustento en las constancias del legajo, así cuando la defensa afirma que la amenaza que hace referencia a doblegar la voluntad de la víctima es en todo caso posterior al abuso, sin vinculación alguna ni intención alguna de doblegar la resistencia y falta de voluntad de la víctima (recurso, fs. 10).

De igual manera niega el abuso intimidatorio de una relación de poder, en tanto el acusado no era una «autoridad para nosotros» expresión que la infiere de las declaraciones testimoniales de M. R. D., de J. C., F. A.C. (recurso, fs. 11).

Rechaza la defensa lo relativo a la resistencia de la víctima, y dice a modo de ejemplo en relación al hecho ocurrido en el Renault 6, que ella no lo sacaba de encima, no gritaba, no tenía las manos atacadas y el insistía que se quedara tranquila que le iba a gustar.

A su vez, del testimonio de la amiga de JC, D.E. N., el defensor resalta que la propia víctima le manifestaba que estaba como en una relación y que era con Ariel, ella estaba como manipulada, no forzada, era algo que no debía salir a la luz (recurso, fs. 12).

Entiendo de tal modo que los agravios de índole formal no pueden prosperar, en tanto se encuentran contruidos a partir de una visión parcial y sesgada de los elementos probatorios, propio del ministerio defensivo que ejerce, pero que no encuentra sustento en ninguna de las probanzas debidamente valoradas por la sentenciante.

Esta visión parcializada de los hechos investigados, me conduce a propiciar idéntica solución para los vicios sustantivos alegados, puesto que éstos se encuentran estrechamente entrelazados con los cuestionamientos formales; dicho de otra manera, la defensa cuestiona la valoración del material probatorio y efectúa un mérito parcializado para sostener la existencia de un supuesto fáctico diverso al tenido por acreditado **y postula que el mismo sea subsumido en el art. 120 del CP** y en base a esa clasificación legal entiende que la acción penal emergente del delito así calificado se encuentra extinguida por el transcurso del tiempo.

Al respecto cabe decir que el planteo esbozado en sede casatoria, fue propuesto durante el curso del debate, habiendo sido rechazado por la jueza de instancia anterior con argumentos que comparto.

Ley 27.206

En ese sentido la a quo rechazó el planteamiento de conformidad al **art. 67, 4° párrafo Ley 27.206** en cuanto el curso de la prescripción queda suspendida en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 in fine, 130 párrafo segundo y tercero, 145 bis y 145 ter del CP., mientras la víctima sea menor de edad. En el caso bajo análisis, esos plazos deben ser computados a partir de la mayoría de edad de la víctima, situación que aconteció el 14 de julio de 2007. En definitiva, estimo que a diferencia de lo sostenido por la defensa, no ha transcurrido el plazo previsto por la ley para afirmar que la acción penal emergente del delito atribuido se encuentra extinguida. Esto en razón del análisis conjunto de las siguientes circunstancias: 1) que la víctima cumplió la mayoría de edad el 15 de julio de 2007; 2) que los hechos sucedieron hasta el año 2012; 3) que la denuncia fue formulada el 10 de julio de 2019; 4) que el avoque data del 31 de octubre de 2019 (art. 67, cuarto párrafo, inc. b del CP); y, 5) que, en función del delito atribuido y de lo dispuesto por el art. 62 inc. 2 del CP, el plazo de vigencia de la acción es de doce años. El defensor para fundamentar su petición de extinción de la acción penal, insta la aplicación del precedente de este Tribunal, recaído en **“Fernández Pedro”**.

Al respecto cabe acotar que el mismo no resulta de aplicación en tanto el supuesto fáctico es diverso, como también las circunstancias relevantes de ambos, a lo que agrego que el precedente citado por la defensa en el escrito casación expresamente dispuso que «a efectos de considerar que un precedente jurisprudencial contiene un criterio uniforme y vinculante respecto de la solución de un caso llegado a esta instancia es presupuesto necesario que este Tribunal se haya expedido en pleno, circunstancia no constatada para el supuesto traído a estudio» (Fernández Pedro).

En conclusión considero que la jueza a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, con acato de los principios de la lógica, la psicología y la experiencia, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar. Además, detalló los elementos de convicción y los cotejó de manera tal de llevar a cabo una valoración integral de aquéllos.

De este modo, los vicios denunciados por el recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, no presentan argumentos sólidos que permitan la modificación de lo resuelto en el dictum cuestionado, todo lo cual conduce a su rechazo. Por todo lo expuesto, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de la valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **“Cruz Caporicio”, “Merlo Lassa”, “ Quiroga Morales”, “Ojeda Perez”, “Vega”, “Zurita”, “Di Cesare” y “Vazquez Tumbarello”, “ Villegas Calabretto”, “González Ricardo”,** entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ramón Ariel Godoy Batistella.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

50- PEREZ JOSÉ ALBERTO. 14-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	416

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=745>

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. a, b y f, y art. 55 CP. Convención de los Derechos del Niño. Convención Americana de Derechos Humanos. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Daño en la salud física y mental. SP portador de HIV . Convivencia. Encargado de la guarda.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **veinte años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño físico y mental de la víctima y por encontrarse el autor a cargo de la guarda de la víctima (1 hecho) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un daño grave a la salud física y mental a la víctima y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (3 hechos en concurso real), previsto y penado por el art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. a, b y f, y art. 55 del CP.

La **defensa** interpone recurso. Expresa que la fundamentación de la resolución impugnada carece de motivación suficiente y la poca motivación que contiene deriva de la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional al analizar el plexo probatorio, lo que –a criterio de la defensa– determina la nulidad de la sentencia, de acuerdo a lo previsto por el art. 416 inc. 4° del CPP. Interpone casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, como así también la acción de nulidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y la acción de nulidad deducida por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1493, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Chacón Moyano. 23-12-19:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf
- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Italiani.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf

- Brancello. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581>
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

c-CIDH

- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 22-02-02:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

Doctrina citada.

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78.

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17.

SCJM. Dres.: Adaro.Valerio. Llorente.

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05565116-1/1((018601-78800)) F C/ PEREZ JOSE ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL(78800/18) (78800) P/ QUEJA IN PAUPERIS *105748205*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05565116-1/1 caratulada “F. C/ PÉREZ DE LA VEGA, JOSÉ ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO ...S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de José Alberto Pérez de la Vega interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.493, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de **veinte años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño físico y mental de la víctima y por encontrarse el autor a cargo de la guarda de la víctima (1 hecho) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un daño grave a la salud física y mental a la víctima y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (3 hechos en concurso real), previsto y penado por el art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. a, b y f, y art. 55 del CP, investigados en autos N° P-78.800/18; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, actuando en forma unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERO: pronunciamientos sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] en fecha 1 de enero de 2015, aproximadamente a las 4:00 hs., luego de los festejos del año nuevo, en un domicilio del departamento de Lavalle, José Alberto Pérez, quien tenía conocimiento de ser portador de HIV y se encontraba al cuidado de su sobrina, M B O de 15 años de edad en ese entonces, condujo a la menor a bordo de un camión hacia un descampado situado en esa localidad en el que detuvo la marcha y arrojó a la niña en la cama del vehículo, obligándola a quitarse la ropa para finalmente introducir su pene en la vagina de la menor (sin utilizar ningún tipo de protección), y la obligó a que le practicara sexo oral, amenazándola con que si decía algo «iba a tener consecuencias con alguien de su familia». Luego, en fechas y horarios no precisados, pero con posterioridad al hecho precedentemente mencionado y con anterioridad al 26 de junio del 2016 (fecha en que M O cumplió 17 años), en el domicilio, en horarios nocturnos y mientras el resto de las personas que habitaban la vivienda dormían, José Alberto Pérez, se introdujo en la habitación de la víctima y la penetró vaginalmente sin utilizar protección, obligándola asimismo a que le practicara sexo oral, reiterando ello en tres oportunidades. Como consecuencia de estos episodios, Pérez transmitió a M O el virus de HIV del que era portador». Para así resolver, el juez de sentencia valoró las declaraciones testimoniales de la víctima, M.B.O., las licenciadas Ana Cucchi Arsac y Andrea Riveros, profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS), la Lic. María Alejandra

Calabró, examen psíquico realizado a M.B.O obrante a fs. 244/245 y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En este sentido, expresa que la fundamentación de la resolución impugnada **carece de motivación suficiente y la poca motivación que contiene deriva de la inobservancia de las reglas de la sana crítica** racional al analizar el plexo probatorio, lo que –a criterio de la defensa– determina la nulidad de la sentencia, de acuerdo a lo previsto por el art. 416 inc. 4° del CPP.

De este modo, luego de realizar un repaso por algunos tramos de los distintos elementos de juicio, en especial, de los testigos que –a criterio del censurante– dieron sustento a su postura, concluye que claramente la discusión se centra en la credibilidad que se le puede atribuir, por un lado de la versión que aporta la supuesta víctima con los testigos que sostienen su relato y, en sentido antagónico, la versión de P V, la que –de la misma manera– también considera corroborada.

Sostiene que este equilibrio probatorio no es suficiente para tener por acreditada la participación del acusado en el hecho atribuido.

A tal fin, alega que el hecho de que la denunciante sea portadora del virus HIV, al igual que el encartado, no es un indicio unívoco de que éste la haya contagiado a través de las relaciones sexuales que habría mantenido con M.B.O..

Agrega que la supuesta víctima pudo contagiarse de otra forma o persona, ya que no pudo acreditarse –contrariamente a lo sostenido por el sentenciante– que M.B.O. no haya tenido relaciones sexuales con otras personas. En relación a este punto, también señala que –de acuerdo a los dichos de la propia denunciante– el acusado nunca eyaculó en su interior.

En este sentido, sostiene que si bien está claro que el semen contagia el mencionado virus, advierte que es un tema discutido si el líquido preseminal es suficiente para contagiar. Asegura que la versión de los hechos brindada por M.B.O. fue controvertida por distintos testigos que declararon a lo largo del debate, los que –a criterio del censurante– habrían derribado la hipótesis acusatoria.

Al respecto, señala algunas contradicciones, tales como la forma en que la supuesta víctima tomó conocimiento que era **portadora del virus HIV**, el momento en que habría acontecido el hecho (navidad o año nuevo) y la circunstancia indicada por la supuesta víctima de que el camión se habría quedado en el descampado y el acusado lo habría podido sacar poniendo unas ramas en las ruedas, siendo que quedó acreditado por uno de los testigos que ello es imposible.

Agregó también la circunstancia –a su criterio acreditada– que el acusado no disponía del camión ya que quedaba guardado en la empresa y sólo lo podía tener en su domicilio cuando tenía que viajar, como así también, destaca que la supuesta víctima se contradijo en el número de veces que el acusado habría abusado de ella en su domicilio. Por último, el censurante se agravia sobre la conducta que asumió el juez a lo largo del debate, en tanto –según entiende– en varias oportunidades habría preopinado sobre la culpabilidad del acusado, como así también, habría intimado a los testigos en forma innecesaria e incorrecta, no permitiéndoles expresarse con la libertad y tranquilidad requerida. Con base a lo expuesto

solicita se revoque la sentencia cuestionada y se resuelva a favor de la absolución del acusado José Alberto Pérez de la Vega en orden a los delitos atribuidos en las presentes actuaciones. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Expresa que **la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación** y relevado por el a quo en el debate y plasmado en la sentencia. Sostiene que las críticas realizadas por la defensa no encuentran asidero frente a la lectura de los fundamentos de la sentencia atacada.

Ello, toda vez que el juez de grado explicó detalladamente por qué los dichos de la víctima resultaron veraces y se expresó sobre todo el material y pruebas periféricas que los apoyaban y afirmaban.

Además, atendió debidamente a los dichos del encartado y de los demás testimonios, no habiendo quedado elemento alguno sin meritar.

Por todo ello, entiende que la pretensión de la defensa no tiene ninguna apoyatura en datos objetivos, y sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva que ha sido desestimada en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada. a.- Preliminarmente, y advirtiéndose que la víctima en autos al momento de los hechos pertenecía a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cesto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto. Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad. Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que M.B.O., quien fue víctima de abuso sexual por parte del acusado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos («Concha, Jesús y ots.»). La Corte IDH en el «Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**). Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (**Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)». En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (**cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios

en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros**). b.- De este modo, advierto que el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por M.B.O. Así, el sentenciante entendió relevante el análisis del testimonio prestado por la víctima, por cuanto los abusos sexuales normalmente son cometidos de manera clandestina, sin testigos. En el caso, advirtió en la víctima una angustia muy particular, propia de una persona que había vivido una situación traumática (ver registros audiovisuales, audiencia del día 18/12/20, a partir del minuto 4:58).

A su vez, el juez de sentencia ponderó que el relato de la víctima y su credibilidad se corroboraba con el examen psíquico realizado a la menor y las declaraciones testimoniales de las licenciadas Ana Cucchi Arsac y Andrea Riveros, profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS) y la Lic. María Alejandra Calabró. Agregó que las tres profesionales sostuvieron que, en general, los abusos sexuales pueden ser superados por cualquier mujer, pero en el caso de M.B.O. existían dos circunstancias que eran particularmente complejas. La primera, estaba referida al coeficiente intelectual de normal a lento que tenía la víctima y, por ello, no tenía capacidad de introducir en su relato hechos no vivenciados. La segunda circunstancia estaba referida al contagio de HIV que padecía M.B.O. como consecuencia de los abusos sufridos por parte del acusado, lo que implicaba que de manera cotidiana iba a revivir el motivo por el cual tenía que realizar el tratamiento para tal afección (ver, a partir del minuto 6:55). Destacó también, que las profesionales del EDEAAS señalaron que no se advertía en el relato de M.B.O. manipulación ganancial o influencia externa de terceras personas, como así también, observaron en la menor una angustia y afectación muy importante. Agregó que la Lic. Calabró entendió que M.B.O. tenía «una cicatriz a perpetuidad por la gravedad de los hechos y sus consecuencias» (ver, a partir minuto 24:35). Ahora bien, debo señalar que los fundamentos precedentemente reseñados fueron centrales para el juzgador para sostener la responsabilidad del acusado en los hechos por los cuales resultó condenado.

Sin embargo, no son objeto de agravios por parte de la defensa en esta instancia recursiva, en tanto dirige principalmente sus argumentos a desvirtuar los hechos relatos por la víctima M.B.O., a partir de los

distintos testimonios ofrecidos por su parte, los que –a su criterio– son suficientes para sostener su postura. Al respecto, el juez de la instancia anterior –en razonamiento que comparto– entendió que «[...] la prueba de descargo tenía poco que ver con el hecho, ya que le preguntaban a cada uno de los testigos si sabían algo y lógicamente nadie sabía por las características del hecho» (ver, a partir del minuto 11:46). En esta línea, el recurrente como estrategia defensiva pretende sostener el relato de P V, quien negó su participación en los hechos atribuidos.

Para ello, intenta sostener distintas hipótesis alternativas y, en esta tarea, refiere sobre la posibilidad de que M.B.O. haya contraído el virus de HIV de otra forma o por haber mantenido relaciones sexuales con otras personas. Agrega que de acuerdo a los dichos de la propia víctima el acusado no habría eyaculado en su interior y que en tal sentido, advierte que es un tema discutido si el líquido preseminal es suficiente para contagiar el referido virus. Por ello concluye que el hecho de que el acusado sea portador de este virus no constituye un indicio univoco en sentido incriminante. Al respecto, y como adelantara, el censurante omitió valorar en la construcción de sus argumentos prueba relevante que, por su carácter objetivo e imparcial, desvirtúa los elementos de juicio considerados por la defensa para intentar sostener su postura defensiva.

Por su parte, el juez de sentencia no sólo valoró el descargo realizado por el acusado, sino que ha argumentado suficientemente las hipótesis alternativas a la acusación, reiteradas a modo de agravio en esta instancia. De este modo, el juez sentenciante advirtió que los testigos de la defensa quisieron «ensuciar» a M.B.O. sobre supuestas relaciones amorosas con otras personas, lo que consideró una defensa habitual en este tipo de hechos. Precisó a modo de ejemplo, que una testigo señaló que suponía que M.B.O. estaba de novia con un chico porque éste «le regalaba helados», circunstancia de la que no podía derivarse que la víctima hubiere mantenido relaciones sexuales con esta persona y, más aun, que ésta haya sido portadora del virus HIV. Por ello, entendió –en razonamiento que comparto– que las circunstancias sostenidas por la defensa no tenían asidero en las constancias de autos (ver, a partir del minuto 15:23). Del mismo modo, no puede prosperar la aseveración de la defensa –quien con base al testimonio que habría prestado la víctima sobre la modalidad del hecho– entiende que es un tema discutido si el líquido preseminal es suficiente para contagiar el virus de HIV. Ello por cuanto, en primer orden, debe considerarse las condiciones de madurez, el coeficiente intelectual de M.B.O. y la situación traumática vivenciada por la menor, factores que pudieron lógicamente influir en la percepción de ésta al momento de los hechos sobre la circunstancia de que el acusado haya o no eyaculado en su interior. En segundo orden, advierto que la hipótesis sugerida en este punto por la defensa no fue objeto de discusión durante el debate ni tampoco tiene asidero en las constancias de autos y, por tal motivo, no puede prosperar en esta instancia.

La defensa también intenta desvirtuar el testimonio de la víctima a partir de supuestas contradicciones que –a criterio de la defensa– serían relevantes en orden a desvirtuar la prueba que incrimina a su defendido. De este modo, y con el objeto de sostener que el acusado desconocía su enfermedad al momento de los hechos, la defensa señala como un dato controvertido la forma en que la víctima y sus familiares habrían tomado conocimiento que el acusado era portador del virus, en tanto señalaron que tal información fue proporcionada por Vanesa Lucero, cónyuge del acusado, circunstancia que habría sido desmentida por esta testigo en audiencia de debate. En tal sentido, el sentenciante señaló que la defensa durante todo el debate trató de sostener que el acusado desconocía su enfermedad a través del testimonio de Vanesa Lucero, quien aseguró que se enteró de ello después que acontecieron los hechos.

Sin embargo, el sentenciante entendió que ello «[...]quedó desvirtuado con la declaración del propio imputado quien reconoció que sabía que tenía HIV cuando fue a sacarse el carnet de conducir en San Luis, y que tomaba pastillas cuando vivía en la casa de su hermana con la menor víctima». Agregó que el acusado precisó que se enojó mucho con su hermana, porque cuando lo «echaron» de la casa no había podido llevarse las pastillas para el HIV (ver, a partir del minuto 9:12).

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado a la imposibilidad del acusado de disponer del camión con el cual trabajaba, y en donde aconteció el primer hecho. Al respecto, el juez de la instancia anterior sostuvo que esta circunstancia fue dilucida por el testigo Roberto Agüero –testigo ofrecido por la defensa–, quien aseguró que el acusado se quedaba con el camión hasta tanto se lo pudiera recibir la empresa de transporte «El Angelito» (ver, a partir del minuto 14:00). Conforme a los elementos de juicio hasta aquí analizados entiendo que no pueden prosperar los demás agravios dirigidos a cuestionar la credibilidad del testimonio de M.B.O., y vinculados a si la menor no precisó si fueron dos o tres veces los abusos perpetrados por el acusado en su casa, o la circunstancia de si el camión donde aconteció el primer hecho –de acuerdo al relato de la víctima– habría quedado «empantanado» y la posibilidad o no de ser removido por el acusado en tales circunstancias. Ello por cuanto –según creo– no resultan dirimentes, ni tampoco la defensa explica de qué modo tienen incidencia en la responsabilidad del acusado Pérez de la Vega, a la luz del plexo probatorio analizado. En definitiva, considero que el juez de sentencia ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, y de acuerdo a los principios de la lógica, la psicología y la experiencia, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Además, detalló los elementos de convicción y los cotejó de manera tal de llevar a cabo una valoración integral de aquéllos. De este modo, los vicios denunciados por el recurrente, a más de constituir una reedición de los planteos expuestos durante el debate, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la resolución impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan la modificación de lo resuelto en la resolución cuestionada, todo lo cual conduce a su rechazo. c- En otro orden, se agravia la defensa que existieron varios episodios en los cuales el juez de sentencia preopinó sobre la culpabilidad del acusado, como así también, habría intimidado en varias ocasiones a los testigos de cargo, no permitiéndoles expresarse con la libertad y tranquilidad requerida. A tal efecto, la defensa al transcribir distintos tramos del desarrollo del debate, resalta episodios en donde habría intervenido el juez demostrando parcialidad en su conducta. Con base a ello solicita la nulidad de la sentencia cuestionada por haberse vulnerado el debido proceso legal. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. En efecto, la defensa no explica de qué manera a partir de la intervención del juez durante los tramos del debate señalados, se incorporaron datos relevantes a la causa. De este modo, si bien advierto –como lo sostiene la defensa– una indebida intervención por parte del magistrado, ésta no reviste la entidad suficiente para concluir sobre la nulidad de la resolución cuestionada, en tanto no tuvo incidencia en los elementos de juicio que dieron sustento a la responsabilidad del acusado (ver en este sentido, en lo pertinente, «**Chacón Moyano**»). Al respecto, no debe soslayarse –tal como lo analice precedentemente– que el juez de sentencia basó principalmente la responsabilidad de P V en la declaración testimonial de la menor M.B.O y los elementos objetivos periféricos que sustentaron su versión de los hechos, cuya validez no ha cuestionado la defensa en esta instancia recursiva. Por todo lo expuesto, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita» y «Gómez Ayala», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Alberto Pérez de la Vega y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.493, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

51- NAVARRO. 14-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Vinc.													
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=749>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y f; 55; 12, 40 y 41 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Vínculo. Convivencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la **pena de diez años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en un número indeterminado de hechos, agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b y f; 55; 12, 40 y 41 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación por considerar que la sentencia resistida adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

El **Procurador** General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1514 pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ledesma Barrera. 23-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180223_FcLBJ.pdf
- Méndez Sánchez. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMSA.pdf
- Gil Herrera. 07-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcGHF.pdf
- Villegas Calabretto. 15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf Concha, J.
- 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf

- Di Cesare M. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

b-CIDH

- Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/3.pdf>
- Campo Algodonero vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Doctrina citada.

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

SCJM. Dres.: **Adaro**.Valerio. Llorente.

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05566230-9/1((018601-53074)) HABILITADO N° 31 - FC/ P NAVARRO GUILLERMO ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE UNTRAJANTE AGRAVADO (53074) (53074/17) (0031) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105749396*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05566230-9/1 caratulada "F. C/ P NAVARRO, GUILLERMO P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Guillermo Alberto P Navarro interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1514, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en un número indeterminado de hechos, agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b y f; 55; 12, 40 y 41 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido por acreditado que «en fecha no precisa pero presumiblemente entre fines del año 2010 y el año 2012, en horario de la siesta comprendido entre la hora de finalización del almuerzo y la llegada de la progenitora de [P.T.P] de 8 y 9 años [al momento de los hechos], en el domicilio sito en calle N° ..., del Barrio de Godoy Cruz Mendoza, en un departamento interno, en ocasión de que Guillermo Alberto P estaba al cuidado de su hija [P.T.P] en virtud de que su madre se retiraba del domicilio a trabajar, encontrándose sus otros hijos menores dormidos llevaba a la niña a una de las habitaciones del domicilio mencionado donde le bajaba el pantalón y la ropa interior hasta las rodillas para luego descubrirse el pene, acostaba a la menor sobre él y frotaba sus genitales sobre la vagina de la niña hasta eyacular. Acto seguido llevaba al baño para lavarle los genitales mientras le manifestaba que no debía decirle a nadie lo sucedido, situación que se repitió en un número indeterminado de veces, habiendo sucedido al menos una de ellas en el domicilio sito en calle N° de Godoy Cruz, lugar en donde residía el sindicado». Para así decidir, el tribunal valoró principalmente las declaraciones testimoniales de

P.T.P., de S A C, de A R, de la L S del CMF, de N G Q, de M C Q, de G P, así como la prueba instrumental cuyo detalle consta en el registro audiovisual.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 del CPP, por considerar que la sentencia resistida adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

Expresa en este sentido que los elementos probatorios valorados por la jueza de sentencia, no arrojan la certeza necesaria para el dictado de la condena.

Esto lleva al defensor a sostener que en las presentes actuaciones debió aplicarse el principio in dubio pro reo. En particular, considera que la jueza de instancia anterior no evaluó adecuadamente la prueba invocada que avalaba el descargo esgrimido por el acusado y que las valoraciones periciales descansaron en hechos que posteriormente no fueron justificados.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 11/12 el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto. Ello en tanto considera que si bien el recurrente ha cumplido con las exigencias de la acordada N° 29.051 en cuanto presentó el formulario respectivo, omitió presentar la impugnación conforme lo estipulado en los puntos 1, 3, 4 y siguientes de la acordada mencionada de conformidad con el art. 480 del CPP. Formulada esta aclaración, el Procurador considera que el recurrente no expresa adecuadamente los motivos de agravios y que sólo se limita a señalar que la prueba no ha sido correctamente valorada.

En relación con el cuestionamiento según el cual el examen psíquico estaría contrarrestado con otras pruebas, expresa que el defensor no menciona cuáles son, ni tampoco indica cómo debieron evaluarse o cuál es el razonamiento de la jueza que escaparía a las reglas de la sana crítica racional. Por tanto, considera que, si bien es cierto que a partir del precedente «Casal» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se flexibilizaron las exigencias formales en relación con el derecho al recurso, el recurrente debe explicitar motivos que permitan al Tribunal expedirse sobre los mismos; situación que no se advierte en el recurso bajo tratamiento. Por estas razones considera que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar debe señalarse que en su recurso la defensa expone de modo genérico los cuestionamientos sin indicar ni precisar, de manera expresa y concreta, aquellos aspectos de la sentencia que exhibirían los vicios que denuncia. En este sentido, si bien afirma que la prueba reunida contrarresta la hipótesis acusatoria del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular no detalla los elementos probatorios enervan la posición de la acusación pública y privada. Ahora bien, no obstante las falencias advertidas en el escrito recursivo, entiendo que a fin de garantizar el derecho al recurso del acusado, debe ingresarse en el examen de la sentencia resistida.

Esta ha sido la posición de este tribunal en precedentes «Ledesma Barrera»; «Méndez Sánchez», «Gil Herrera» entre otros. Por otro lado, conforme surge de las constancias del legajo que tengo a la vista PTP fue víctima de reiterados abusos sexuales por parte del acusado cuando era menor de edad; por ser así, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del Derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (in re “Concha, Jesús”, expte.N°13-04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018). En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17). Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de “La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género. A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se

desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso «C C vs. Perú», en donde merituó el testimonio de la víctima como «necesaria y suficiente» en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos «Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México». En el caso «Campo Algodonero vs. México», la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer. En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados. Sentado cuanto precede, entiendo que la jueza de anterior instancia, interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en función de ellos tuvo acreditado que P Navarro cometió actos sobre el cuerpo de su hija que afectaron su integridad y libertad sexual. Ello ocurrió mientras la niña tenía entre ocho y nueve años de edad y consistieron en bajarle la ropa a la niña y luego descubrir su pene que lo friccionaba sobre el introito de la vagina de aquella hasta eyacular. El acusado es padre de la menor y en la época de estos hechos narrados convivía con la niña. Estos hechos la jueza de sentencia los encontró debidamente acreditados en base a la valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa. Entre ellos, resultó de fundamental importancia la declaración de P.T.P., quien refirió que cuando era chica, su papá siempre estaba borracho que cuando terminaban de almorzar, como su mamá no estaba porque trabajaba en ese horario, su papá ingresaba a su habitación y la llevaba a la habitación de él y le bajaba el pantalón y le pasaba el pene por sus partes íntimas, narró la víctima que luego la llevaba al baño y la lavaba con agua.

Asimismo sostuvo que esos actos se sucedían día por medio durante tres meses y que en una ocasión ocurrió en casa de su abuela paterna. Recordó que el acusado le decía que no contara nada. Para la jueza a quo, éste testimonio resultó coherente, consistente y fiable. Resulta necesario recordar que nos encontramos frente a un género de conductas delictivas que cuya comisión se desarrolla –habitualmente– en ámbitos de absoluta privacidad o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva.

Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima. El testimonio de ésta, entonces, adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso ya que con frecuencia tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o vestigios de material genético. Dicho en términos más claros, frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente. En otro orden, debe destacarse que la jueza también valoró la declaración testimonial de S A C, madre de P.T.P. quien narró detalladamente el modo en que su hija le hizo conocer lo ocurrido. Particularmente, sostuvo que mientras ella estaba fuera de la casa por razones laborales el acusado, luego del almuerzo, en horas de la siesta, la llevaba a la habitación matrimonial y allí le tocaba sus genitales, le pasaba el pene por sus glúteos y cuando terminaba de satisfacer su ímpetu sexual la mandaba a que se lavara en el bidet de la casa. Asimismo, la testigo refirió que la niña le contó que los hechos fueron cometidos en el domicilio de la familia y en la

casa de la abuela paterna. Este testimonio le resultó a la jueza confiable en su narración, constituyendo un relato objetivo, descriptivo, detallado en los aspectos conocidos, a la vez que cauto y sincero en aquellos tramos o circunstancia que la testigo ignoraba. A su vez y en claro respaldo de la credibilidad del relato de la menor, la Lic. R, del EDEAAS consideró que las secuelas psíquicas de los abusos eran dinámicas y que el daño psíquico era permanente. Por su parte la profesional advirtió en los supuestos en los que padre abusa sexualmente de su hija, genera un estado confusional que si bien puede ser corregido, nunca es reparado. Por su parte, la profesional agregó que P.T.P. consideraba que su entorno familiar constituía una amenaza. Como se puede advertir, y así destacó acertadamente la jueza de sentencia, el testimonio de la niña resultó concordante, coherente y sin variaciones con el relato que brindó a otros interlocutores, tales como las personas de su confianza, la médica clínica de su madre N G Q y las profesionales del EDEAAS. En otro orden, debe señalarse que la jueza ofreció las razones por las que consideró que tanto el descargo formulado por el acusado, como el testimonio de su hijo, J P, no aportaron elementos suficientes como para validar mínimamente, un estado de duda favorable al encartado. De tal manera, todo el esfuerzo defensivo consistente en cuestionar la veracidad del testimonio de la niña, como de los informes técnicos que avalan sus dichos, resultaron inconsistentes. En este sentido y en lo que resulte pertinente ver los precedentes recaídos en «Concha Jesús»; «Villegas Calabretto», entre otros. En conclusión, considero que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), por lo que, en opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Q Morales»; «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello»**, entre otros. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los Dres. José Valerio y Pedro J. Llorente, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Guillermo Alberto P Navarro.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

52- SOSA VELAQUEZ. 14-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	Conv	NNA	AI	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=754>

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 4° párrafo inc. d y f, 42 y 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Arma.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **doce años de prisión e inhabilitación** especial por el mismo tiempo por encontrárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, abuso sexual simple doblemente agravado por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente y por el uso de arma en grado de tentativa, abuso sexual gravemente ultrajante doblemente agravado por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente y por el uso de arma, todo en concurso real (arts. 119, segundo párrafo en función con el 4° párrafo inc. f, 119 1° párrafo en función 4° párrafo inc. d y f en función con el art. 42, 119, 2° párrafo en función con párrafo 4° inc. d y f, todo ello en función del art. 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria. En relación con los vicios sustantivos, y de manera subsidiaria al planteo relacionado con los vicios formales, entiende que la subsunción legal correcta de los hechos atribuidos sería la de abuso sexual simple en dos hechos en concurso real.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1561, pronunciada por el TPC N° 1 - 1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero Benito. 21/12/1984 L.S.186-427
- Cirrincione. 07/03/1978 L.S. 153-011
- L.S. 354- 218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177
- Villegas Calabretto. 15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf
- Concha, J. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Roncaglione A. 01-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcRAF.pdf

- Díaz Bustos. 28-11-2019: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcDBD.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Vázquez T. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Doctrina citada.

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17.

SCJM. Dres.: **Adaro**.Valerio. Llorente.

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05707588-5/1((018601-57925)) FISCAL C./ SOSA VELAZQUEZ CARLOS ALEXANDER P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (57925) (57925/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105892343*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05707588-5/1 caratulada "F. C/ SOSA VELÁZQUEZ, CARLOS ALEXANDER P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa particular de C. A. S. V. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1561 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello en tanto se lo condenó a la pena de doce años de prisión e inhabilitación especial por el mismo tiempo por encontrárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, abuso sexual simple doblemente agravado por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente y por el uso de arma en grado de tentativa, abuso sexual gravemente ultrajante doblemente agravado por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente y por el uso de arma, todo en concurso real (arts. 119, segundo párrafo en función con el 4° párrafo inc. f, 119 1° párrafo en función 4° párrafo inc. d y f en función con el art. 42, 119, 2° párrafo en función con párrafo 4° inc. d y f, todo ello en función del art. 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido acreditado que «[...] que en fecha y hora no determinada, pero ubicable entre los meses de Enero y junio de 2017 aproximadamente, en el domicilio sito en Calle ..., Barrio ..., C.A.S.V., quien convivía con la menor [M.C.F.], quien tenía 12 años de edad (nació para fecha 30 de Junio del 2004), y en oportunidad en que la niña se encontraba viendo televisión en la habitación donde pernoctaba el encartado, este último, aprovechándose que el resto de los familiares se encontraban fuera del domicilio, ingresó a dicho ambiente, le tapó con sus manos la boca a la menor, bajó sus pantalones y la ropa interior, y luego rozó su pene por la zona de la vagina de la niña, por debajo de la ropa interior, ante la resistencia ofrecida por la víctima, al tiempo en que le daba besos y le solicitaba que le tocara el pene. Posteriormente, en la fecha aproximada referida precedentemente, en el domicilio mencionado, C. A.S.V., ingresó al baño de la vivienda descripta, momentos en que se encontraba en el interior [M.C.F.],

de 12 años de edad, y blandiendo un elemento punzo cortante de color negro entre sus manos, se lo colocó en el cuello de la víctima y le manifestó que no gritara porque tenía una navaja, luego intentó desvestir a la misma, logrando la víctima escaparse del lugar hacia el domicilio de su tía. Asimismo, en ocasión en que la menor [M.C.F.], de 12 años de edad, se encontraba en la habitación de sus progenitores, ubicado en el domicilio mencionado, C.A.S.V. ingreso al ambiente referido, se subió encima de la menor, sacó de su cintura un cuchillo tipo carnicero y le refirió “si vos gritas te mato acá nomás” dejando el elemento punzo cortante en la mesa de luz de dicha habitación, luego bajó su pantalón y ropa interior y rozó su pene por la vagina de la niña, por debajo de la ropa interior, al tiempo en que le daba besos en la boca y le solicitaba que le tocara el pene». Para ello el tribunal valoró, principalmente: las declaraciones testimoniales de F. A. M., M. Á. F., R. Á. F., C. O. O., M. P. F.; las declaraciones de las profesionales Lic. Marisa Fusari, Lic. Andrea Riveros y Lic. Gema Lara Lanteri; la declaración de M.C.F en Cámara Gesell; así como la demás prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

La defensa funda su reclamo en el art. 474 inc. 1° y 2° del CPP, por considerar que la sentencia impugnada adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

En primer lugar, el recurrente cuestiona la labor de valoración del juzgador en el caso concreto, en especial de la prueba de cargo, de los informes médicos y de las conclusiones respecto de los supuestos abusos.

En este sentido, considera que el juzgador incurrió en una valoración omisiva respecto de elementos probatorios decisivos.

Por otro lado entiende conculcado el principio de razón suficiente y los principios de la sana crítica racional.

Así, analiza detenidamente la declaración de M.C.F. prestada en Cámara Gesell y también el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 44, que da cuenta que no se observaron lesiones en la superficie corporal, precisamente en la zona paragenital y que el himen de aquélla se encontraba íntegro. Además, considera que debió valorarse que el acusado no presenta alteraciones psicopatológicas en la esfera de la sexualidad, tal como lo describió la Lic. Yema Lara Lanteri.

De tal manera, refiere que los vicios de la fundamentación son de valor decisivo por lo que solicita la nulidad absoluta de la sentencia por falta de fundamentación e inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor dirimente.

En relación con los vicios sustantivos, y de manera subsidiaria al planteo relacionado con los vicios formales, entiende que la subsunción legal correcta de los hechos atribuidos sería la de abuso sexual simple en dos hechos en concurso real, toda vez que desde su perspectiva, de la prueba obrante en el legajo y de la declaración de la propia víctima, no surge sometimiento sexual, desde que «en reiteradas ocasiones -la víctima- rechazó, se opuso y se resistió positivamente ante los eventuales ataques lo que demuestra que no ha existido [...] un sometimiento sistemático y habitual como la figura penal lo requiere».

Por estas razones, la defensa entiende que si no existe sometimiento sexual, la gravedad del ultraje no es suficiente para que el hecho encuentre adecuación típica en el párrafo 2º del art. 119 del CP. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. Ello, toda vez que, a su criterio, la sentencia de condena se encuentra sólidamente fundada, con la descripción de las circunstancias relativas al empleo del arma blanca para la realización de la conducta desplegada por el encartado que afectó la integridad sexual de la víctima dado que consistieron en manoseos, tocamientos y frotamientos con su miembro viril en las zonas pudendas de aquélla.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. De acuerdo con lo que se explicará, y a diferencia de la defensa, considero que la sentencia cuestionada no adolece de falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros).

Ello por cuanto el tribunal de la instancia anterior ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, y con la debida perspectiva de género que el caso imponía.

En este orden, se aprecia por parte de la defensa una reedición en esta etapa recursiva de los argumentos ya expuestos anteriormente, los que sólidamente fueron respondidos por el tribunal de mérito en la sentencia cuestionada.

Según el recurrente, el tribunal de juicio meritó de manera inadecuada el plexo probatorio que acompañó la causa bajo juzgamiento, en una labor valorativa que, a su modo de ver, resulta alejada de los postulados que integran el sistema de la sana crítica racional; vicio que determinaría –según la tesis defensiva– el carácter arbitrario del fallo en crisis y su descalificación como acto jurisdiccional válido a los términos del art. 416, inc. 4 del CPP. Sin embargo, debe decirse que el juez de sentencia tuvo en especial consideración la declaración de M.C.F. en Cámara Gesell, quien dijo que C.A.S. que vivía con ella, fue el autor de los abusos de los que fue víctima.

En este sentido aclaró cuáles era los lugares en que ocurrieron los hechos en la casa donde vivían: la habitación de su padre y el baño. Señaló que la primera vez que ocurrió ella tenía doce años y estaba acostada, cuando S. le dijo que no fuese a gritar y se le tiró encima. Relató que S. le quería sacar la ropa y ella le decía que no, por lo que le puso un cuchillo en la garganta y comenzó a darle besos mientras ella se resistía. Luego, fue al baño, el acusado entró detrás, sacó un cuchillo y se lo puso en la garganta.

Ella lo empujó y salió corriendo. M.C.F. aclaró que estos episodios ocurrieron muchas veces, desde enero hasta febrero, marzo y que S. vivió con ellos hasta que ella cumplió trece años. También señaló que en otra oportunidad su papá se había ido con su tío, oportunidad en la que ella estaba en la habitación y S. entró, le tapó la boca y se sentó, frente a lo que ella le decía «soltame» en relación a que «se saliera de arriba suyo». Expresó que, en esa ocasión le tocó «las piernas, de la cintura para abajo con el coso de él»; porque él tenía bajos los pantalones.

Que él le mostraba «el coso», su miembro, mientras estaba arriba suyo y le decía que se lo tocara, y ella le decía que no; y que, cuando le decía que no, él se tiró arriba suyo y ahí entró su hermano G. Afirmó que S. la tocó con su miembro de la cintura para abajo, específicamente en sus partes íntimas. Reconoció

haber sentido dolor cuando él la tocó, indicando que le dolió «ahí en donde haces pis», ya que S. «se estaba moviendo».

Explicó que le dolió porque ella es chica y él es grande. Especificó que esa fue la primera vez que pasó. En la habitación de los padres le pasó lo mismo que en la habitación de él y esa vez también sintió dolor. Ella tocó la parte íntima de él cuando éste le dijo que lo tocara. Le dijo que no gritara porque tenía una navaja, ella la vio, era puntiaguda y la tenía en la mano cuando estaban en el baño. Agregó que cuando estaban en la habitación de su papá él tenía un cuchillo como de carnicero y le dijo que no gritara porque si alguien se enteraba la iba a matar.

En tal oportunidad él tenía el cuchillo en la cintura, después se lo mostró, lo dejó arriba de la mesita de luz y siguió arriba suyo y le dijo «si vos gritas te mato acá nomás». También sostuvo que le puso la navaja en el baño. Explicó que la navaja la usaba siempre cuando iba al baño y él la invitaba. Con el cuchillo la amenazó solo la vez que contó en la habitación de su papá. Describió el cuchillo como que «era gris y era grande», aclarando que la navaja era negra.

El juzgador consideró que ese relato fue claro, creíble, confiable y preciso, con una descripción de los hechos desestructurada, no hallándose indicios de finalidad ganancial, y acompañado de un correlato emocional acorde a la experiencia traumatizante vivida (fundamentos, fs. 9).

Ahora bien, tengo en cuenta, como lo hizo el juez de anterior instancia que M.C.F. pese al contexto familiar, mantuvo su relato originario de modo persistente en el tiempo a pesar de la presión de la familia. teniendo en cuenta que el acusado era novio de su hermana V.F. Según refirió la Lic. Riveros, no se advirtió intencionalidad de M.C.F. a exponer algo que no era (fs. 6).

Esta valoración del testimonio de M.C.F. ha sido realizada de acuerdo con las exigencias que he tenido oportunidad de señalar cuando en los hechos investigados las víctimas tienen una doble condición de vulnerabilidad, por ser mujeres y niñas. En este sentido he expresado que en aquellos casos, «[...] cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso» (ver al respecto, «Villegas Calabretto», «Concha, Jesús», entre otros).

A ello agregué que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

En este entendimiento resulta necesario referir que, debido a las particularidades propias de los hechos como el investigado –pues, como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– es fundamental que el relato de quien expresa haber sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de niñas, sea cuidadosamente analizado y se le brinde un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez. Ello es lo que ha ocurrido en

autos. En este sentido debe señalarse que el juez consideró que aquellos dichos de M.C.F. encontraban respaldo en diversos elementos de prueba que obraban en la causa.

En particular, el informe psicológico de profesionales del EDEAAS (fs. 56) que dieron cuenta que la menor no presentaba indicadores compatibles con la tendencia a la fabulación, o creación de historias inexistentes o mitomanía, por lo que el relato era claro, preciso y creíble. A su vez, se señaló allí que M.C.F. presentaba sentimientos de temor y malestar con las reacciones del acusado que podía afectar su integridad psicofísica o la de sus familiares. Se destacó que surgieron claros indicadores de una transgresión a los límites de su sexualidad por parte del acusado.

Dichos indicios se hacen presente mediante un relato confiable que se acompaña de un correlato emocional acorde a la experiencia traumatizante vivida. Por su parte, el examen psicológico practicado por las licenciadas Marisa Fusari y Andrea Riveros (fs. 460/464) dio cuenta de la verosimilitud del relato de M.C.F., su actitud de inhibición, vergüenza, malestar interno, así como que presentó indicadores de aislamiento relacional, falta de sostén por parte de su entorno cercano y carencia de recursos internos para afrontar las situaciones adversas.

De acuerdo con todo ello, se concluyó que de lo manifestado por M.C.F. surgían indicadores específicos de abuso sexual infantil, tales como el relato que desarrolló aquella y las manifestaciones emocionales observadas, al momento de expedirse acerca de aspectos vinculados con la experiencia.

Asimismo de las técnicas gráficas suministradas aparecían indicadores inespecíficos de abuso sexual infantil. De igual manera, se refirió que existían indicadores de aislamiento relacional en M.C.F, falta de sostén proveniente de su entorno cercano y carencia de recursos internos para hacer frente a situaciones adversas lo cual la coloca en estado de vulnerabilidad. (fundamentos, apartado octavo, fs. 4). Además, el juez valoró la declaración de la madre de M.C.F., M.A.F., quien dijo que la pareja del hermano de su marido le comentó que la niña le había confiado que A. S. la había violado, y que éste era el novio de su hija V.F. También refirió que le manifestó que S. le colocó un cuchillo en el cuello y le dijo que si decía algo iba a matar a su familia. Agregó que cuando la interrogó a su hija acerca de los motivos por los que no le había contado antes lo sucedido, M.C.F. le respondió que A.S. la había amenazado y que además le daba mucha vergüenza hablar del tema. Aún así, le confirmó haber sido abusada por el acusado. A lo señalado añadió que en el domicilio que habitaba vivía su pareja C.O. y sus hijos V., G., P., R. y M., además de M.C.F. y la pareja de su hija V., A. S.. A lo señalado debe sumarse que M.A.F. admitió haber observado cambios en la conducta de su hija M.C.F. y que ya casi no quería salir de la habitación.

En relación con los hechos que M. C. F. le describió, refirió que en enero de 2017 A. la llevó a la habitación y amenazándola con un cuchillo la penetró y que en marzo de 2017 la volvió a penetrar en el baño. También el juez ponderó la declaración de la hermana de M.C.F., R. de los A.F., narró que la víctima le había contado que A. le tocaba adelante, en la vagina, que la agarraba, le tapaba la boca y que le metió «el coso que tienen los hombres», el pene en realidad, se lo metió en la vagina y que le hizo doler. Agregó que esto pasó en la habitación donde dormía A. con su hermana V., que es su pareja, en la casa donde todos vivían.

Aclaró que su hermana no le precisó fecha en que todo aquello habría ocurrido. Añadió a lo referido, que a su madre le contó que su cuñado A. le hacía cosas a M.C.F. y que la amenazaba con su hermana V., pues si contaba algo la mataría a ésta última o no la iba a ver más. En otro orden, debe señalarse que el juez de

la instancia previa valoró el informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 44) en relación al examen físico realizado a M.C.F.

Éste dio cuenta que no se observaron lesiones en la superficie corporal, así como que la zona paragenital se encontraba sin lesiones y el himen íntegro (fundamentos, fs. 7). Al respecto, el defensor insiste con el resultado de este informe y le asigna un valor decisivo y determinante para desincriminar a su asistido. Sin embargo, y tal como acontece en hechos como el aquí investigado, no siempre es posible registrar evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, y es por ello que el testimonio de la víctima aparece como una prueba fundamental.

Por su parte, la defensa no tiene en cuenta que aquel informe del Cuerpo Médico Forense refiere que el resultado del examen físico realizado a M.F.C. daba cuenta de compatibilidad con su relato. Por ello, considero que la pretensión defensiva relacionada con el informa aludido no puede prosperar. Además, el juez de instancia anterior consideró el informe psicopatológico practicado a C.A.S.V. agregado a fs. 295/296 en el que se concluye que aquél «[...] posee una personalidad con rasgos inhibidos, pasivos e inmaduros psico-emocionalmente y un funcionamiento pueril, que puede conducirlo a negar los conflictos, no realizar proceso reflexivo sobre sus errores y/o de posibles comportamientos desajustados, con una visión concreta con escasa anticipación y previsión de sus conductas y sus implicancias.

Presenta fallas en el control del impulso y la ansiedad, pudiendo manifestar desbordes conductuales y escasa capacidad empática con el otro. Posee dificultad en sus relaciones interpersonales, anteponiendo sus deseos y necesidades tendientes a la satisfacción inmediata, sin tener en cuenta las consecuencias tendientes a cosificar el vínculo interpersonal. En sus relaciones.

En sus relaciones tiende a comportarse de modo expansivo, sin respetar límites externos por su tendencia a colocar la responsabilidad en el afuera pudiendo interpretar arbitrariamente el accionar ajeno, conduciéndose con escasa discriminación de roles en relaciones asimétricas donde puede ejercer dominio y control.

Frente a los conflictos que lo involucran es proclive a victimizaciones y pseudo-autocrítica como modo de manipular los efectos de sus acciones en el ambiente y sobre otras personas. No presenta resonancia afectiva ni compromiso emocional frente a la situación actual, con escasa tolerancia a la frustración en situaciones de estrés».

Durante el debate declaró la Lic. Gema Lara Lanteri, quien intervino en el informe referido y sus manifestaciones también fueron ponderadas por el juez de la instancia previa. En efecto, éste expresó que aquella profesional «describió a C.A.S. con una personalidad con rasgos inhibidos, pasivos e inmaduros; con funcionamiento pueril, comportamientos desajustados y desbordes conductuales. Lo examinaron en cinco oportunidades.

La edad cronológica no coincide con la madurez psicosexual. El sujeto no funciona conforme a la edad que tiene sino que es más infantil. Esto también a nivel psico-sexual. Tiene fallas en el control de los impulsos, ansiedad. La descarga la hace con fallas en los frenos inhibitorios. Se observa escasa capacidad empática. Asimetría de poder. Cosifica. Usa al otro para satisfacer su deseo personal sin importar el otro. Necesita la auto-confirmación viril. Puede comportarse de manera expansiva. **No presenta trastornos psicopatológicos. En cuanto al cuadro nosográfico. La parafilia se refiere a trastornos sexuales.**

Cuando se habla de pedofilia se trata de una atracción hacia menores. S. no la presenta. Los abusadores secundarios son los abusadores circunstanciales. A partir de ahí aparece la pederastía, cuando se pasa hacia el acto. Se trata de hogares disfuncionales. Aparece el secreto (entre vos y yo). Luego la amenaza esto no se cuenta. Luego la amenaza arbitraria de confirmación de la virilidad. Aclara que como perito del Cuerpo Médico Forense no puede soslayar lo que aparece en las técnicas. S. acomoda información o manipula información de manera ganancial». Tampoco encuentro procedente el cambio de calificación solicitado toda vez que resulta correcto el encuadre legal que el juez realizó respecto de los hechos que consideró probados. En efecto, y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, estamos frente a actos con alto contenido degradante y vejatorio para la víctima.

Ello en tanto constituyen actos que, por las circunstancias de su realización, implican un notable agravio a su dignidad e integridad sexual, produciendo una humillación mayor a lo que normalmente se verifica con el tipo básico de abuso sexual (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Roncaglione» «Díaz Bustos»). De tal manera, tampoco este agravio puede prosperar. En definitiva, la contundencia de los elementos de cargo obrantes en la causa confirman la hipótesis acusatoria en relación con S.V..

De tal manera, la pretensión de arbitrariedad expuesta por la defensa respecto de la valoración llevada a cabo por el juez de anterior instancia carece de valor, así como tampoco en relación con la calificación de los hechos, pues no se brindan argumentos que permitan desacreditar su razonamiento. Ello de conformidad con la jurisprudencia de esta en relación con la motivación de resoluciones judiciales (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros).

Por las razones expuestas y la opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Cruz Caporiccio», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. A.S.V..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D.ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

53- FERNANDEZ GASPAR. 17-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=755>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función con el art. 119, 4° párrafo inc. b, art. 55 del CP. CDN. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26061. Ley 8928. Reglas de Acceso a la Justicia de Brasilia.

Vox: VG. A.S.I.. NNA. Abuso sexual. Asesora de NNA. JAI. Interés superior del niño. Prisión domiciliaria. Doctrina del «moot case».

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda y abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda, ambos en concurso real (art. 119 párr. 3° en función con el art. 119 párr. 4° inc. “b”, art. 119 párr. 3° en función con el art. 119 párr. 4° inc. “b”, art. 55, art 29 inc. 3°, art. 12 del Código Penal, arts. 557, 560 ss y cc del Código Procesal Penal).

La **defensa** técnica interpone recurso de casación. (art. 474 del CPP).

La **titular de la Cuarta Asesoría de Personas Menores e Incapaces** – Asesoría de niños, niñas, adolescentes y de personas con capacidad restringida (en adelante Asesoría de N.N.A Y P. C/C.R.)– de la Primera Circunscripción Judicial interpone **recurso extraordinario de casación** contra la resolución que declaró abstracto el tratamiento de los recursos impetrados por esa misma parte contra el decisorio que rechazó el pedido efectuado, consistente en que **se revocara el régimen de prisión domiciliaria** bajo el cual el acusado cumplía su detención cautelar.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Desestimó formalmente el recurso interpuesto por la titular de la Cuarta Asesoría de Personas Menores e Incapaces. Asimismo, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. M. F. G..

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1737 (18-08-21), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Videla.
- Marinozzi. 18-11-09:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDAzNDE=&t=abla=c2M=>
- Buenanueva Aballay. 04-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210804_FcBAM.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDMxNjE=&t=abla=c2M=>

Parágrafos destacados:

“Al respecto, surge oportuno recordar que este Cuerpo ha **admitido ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación**, habilitando precisamente la legitimación procesal del Ministerio Público Pupilar en el proceso (ver los precedentes **“Videla”, “Marinozzi” y, más recientemente, “Buenanueva Aballay”**). Sin perjuicio de ello, considero que en el presente caso no se verifican ninguna de las circunstancias de excepción que motivaron aquellos pronunciamientos. En particular, desde que los intereses de las víctimas de los hechos que conformaron el objeto de la acusación han sido adecuadamente representados por el Ministerio Público Fiscal y, en especial, por la representante del Ministerio Público Pupilar durante todo el proceso penal y, sobre todo, en el marco de la audiencia en la que se dictó la sentencia condenatoria recaída en auto”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Llorente.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-06744782-9/1((018601-2413)) F. C/ FERNANDEZ GASPAR ADRIAN MARCELO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (...) Y ACUMULADA P-1905/19 (1905/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACION *106002107*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06744782-9/1 caratulada “F. C/ FERNÁNDEZ GASPAR, ADRIÁN MARCELO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER EL AUTOR ENCARGADO DE LA GUARDA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica de A.M.F.G. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.737 de fecha 18 de agosto de 2021 y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión, pago de costas y accesorias legales.

Esto último en razón de encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda –autos N° P-1905/19– y, también, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda –autos N° P-2413/19–, ambos en concurso real (art. 119 párr. 3° en función con el art. 119 párr. 4° inc. “b”, art. 119 párr. 3° en función con el art. 119 párr. 4° inc. “b”, art. 55, art 29 inc. 3°, art. 12 del Código Penal, arts. 557, 560 ss y cc del Código Procesal Penal).

Por su parte, **la titular de la Cuarta Asesoría de Personas Menores e Incapaces** – Asesoría de niños, niñas, adolescentes y de personas con capacidad restringida (en adelante Asesoría de N.N.A Y P. C/C.R.)– de la Primera Circunscripción Judicial interpone recurso **extraordinario de casación** contra la resolución que declaró abstracto el tratamiento de los recursos impetrados por esa misma parte contra el decisorio que rechazó el pedido efectuado, consistente en que se revocara el régimen de prisión domiciliaria bajo el cual el acusado cumplía su detención cautelar.

Ambos pronunciamiento impugnados fueron dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Las resoluciones recurridas

La sentencia condenatoria cuestionada por la defensa del acusado resuelve del modo precedentemente señalado al tener por acreditados, en el marco de un **procedimiento abreviado**, los comportamientos delictivos que se le atribuyeron a A. M. F. G. en las piezas acusatorias contenidas en cada una de las causas seguidas a instancia fiscal en su contra. Por un lado, el tribunal de la instancia anterior tuvo por demostrado que los hechos investigados en los autos N° P-1.905/19, ocurrieron del siguiente modo, a

saber: que «[e]l día 06 de enero de 2.019, siendo aproximadamente entre la 01.00 y las 04.00 horas, en el interior del domicilio ubicado en calle ..., A. M. F. G. le tocó y le metió los dedos de la mano en la vagina a la menor de 15 años de edad M.D.A.A., mientras ésta estaba recostada en la cama del dormitorio de F.».

Por otro lado, en cuanto a los hechos que se le enrostraron al acusado en los autos N° P-2.413/19, el a quo consideró que éstos acontecieron de la siguiente manera, a saber: que «[e]n fecha no determinada pero en el transcurso del año 2.018 aproximadamente, ocurriendo el último hecho en el mes de diciembre de 2.018, antes del día 25 de diciembre de 2.018, en horario de la tarde, en el interior del domicilio ubicado en calle ..., A. M. F. G., accedió carnalmente vía anal a la menor de 17 de años de edad F.R.B. en un número indeterminado de veces».

Para llegar a esa conclusión condenatoria, el sentenciante estimó procedente el juicio abreviado solicitado por las partes.

Así, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad previstos en el **art. 418**, ss. y cc. del CPP, ponderó que los elementos de prueba reunidos en ambas causas conformaban un plexo sólido que confirmaba la hipótesis acusatoria sostenida en la teoría del caso por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Finalmente, y en lo que aquí resulta relevante para la solución del presente caso, dispuso mantener la situación cautelar de F. G. –**prisión preventiva bajo la modalidad de prisión domiciliaria**– hasta tanto la sentencia condenatoria se encontrara firme.

Por su parte, y en cuanto al auto impugnado por la representante del Ministerio Público Pupilar, el juez de la instancia previa declaró abstracto el tratamiento de los recursos formulados por esa parte – reposición y reposición in extremis– en contra de la resolución que rechazó el pedido de revocar la modalidad de la la prisión preventiva impuesta –domiciliaria– concedida oportunamente al acusado, a instancias de lo acordado en la audiencia de prisión preventiva entre el agente fiscal interviniente y la defensora del mismo.

Para decidir en tal sentido, el juez evaluó que el recurso de reposición no era procedente para atacar el decisorio en cuestión, porque las constancias de la causa revelaban que allí decidido fue sometido previamente a la discusión entre las partes.

Aspecto que, según el criterio judicial, impedía verificar que el auto atacado por la vía recursiva intentada por la Asesora de Personas Menores e Incapaces configurara una resolución adoptada sin sustanciación.

Por otra parte, luego de referirse sucintamente a las condiciones de procedencia del recurso de reposición in extremis, el sentenciante explicó que las decisiones judiciales adoptadas en el marco del proceso judicial, la que consistieron en ordenar la implementación de control a través del dispositivo georeferencial, además del cese de la continuidad de la prisión preventiva domiciliaria cuando devenga firme la sentencia de condena recaída en autos, justificaban declarar en abstracto su tratamiento.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa del acusado F. G. impugna el fallo condenatorio conforme lo previsto en el inc. 2 del art. 474 del CPP, esto es, por entender que en el mismo se verifican vicios in procedendo que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

Las letradas señalan que el pronunciamiento cuestionado incumple normas procedimentales, porque uno de los aspectos centrales que determinó el consentimiento del acusado para realizar un juicio abreviado y, por ello, renunciar a ser juzgado en un juicio oral y público por los hechos que se le atribuían fue, precisamente, que se mantuviera la morigeración de la medida de coerción que le fuera autorizada. En ese sentido, critica la conducta desplegada por el juez durante la audiencia respectiva.

Advierten que aún cuando el tribunal de la instancia anterior tuvo en cuenta los argumentos vertidos por cada una de las partes, **le corrió indebidamente vista a la Asesora de Personas Menores e Incapaces**, para que se expidiera respecto de las condiciones «pactadas» por la defensa y el representante del Ministerio Público Fiscal para la realización del juicio abreviado.

Entre ellas se encontraba, precisamente, que el cumplimiento de la pena bajo modalidad domiciliaria previsto en el art. 298 del CPP.

Así las cosas, expresan que la representante del Ministerio Público Pupilar, incumpliendo la manda de los arts. 10, 103 y 104 de la ley adjetiva, formuló su elocución y dictamen en contraposición a lo planteado por la defensa, es decir, basó su postura en contra de dicha morigeración –prisión domiciliaria– dese la óptica de una de las denunciadas, de la menor M.D.A.A., no así de otra de F.R.B. , víctima que a la fecha de la audiencia en cuestión era mayor de edad.

Entienden que la Asesora de Personas Menores e Incapaces, para ejercer la representación promiscua de la víctima menor de edad, debió intervenir en el proceso constituyéndose como querellante particular, conforme lo establecen las normas procesales correspondientes.

Pues si bien las víctimas menores de edad pueden participar dentro del proceso a través de sus representantes y de quienes ejercen la representación promiscua de los mismos, ello deben hacerlo a través de la figura procesal del querellante particular.

De esta manera, consideran que la decisión adoptada por el juez del tribunal de juicio al resolver del modo cuestionado resulta nula, dado que, al hacerlo, atendió a la opinión de la representante del Ministerio Pupilar quien obró en proceso sin legitimación, dado que nunca cumplió con los mandatos procesales pertinentes para «representar» a la menor dentro del proceso.

Prueba de ello sería que en el requerimiento de elevación a juicio, aquella no fue individualizada como querellante particular.

En función de todo ello, pretenden que este Cuerpo anule el resolutive 4 de la sentencia en crisis, para que se mantenga la situación de morigeración de la prisión domiciliaria hasta que su representado cumpla la pena impuesta. Finalmente, hacen expresa reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Pupilar

La titular de la Cuarta Asesoría de Personas Menores e Incapaces interpone recurso de casación al amparo de lo previsto en el inc. 1 del art. 474 del CPP.

En forma preliminar, la recurrente expone los motivos en los que sustenta su legitimación procesal para acudir a esta vía extraordinaria de revisión. En esa línea, señala que si bien el Código Procesal Penal no contempla expresamente esa facultad al Ministerio Pupilar, su legitimación procesal para garantizar el interés superior de la adolescente víctima en autos deviene del orden constitucional, de las leyes específicas en materia de menores de orden nacional y provincial, de las disposiciones de la ley 8.928 de

Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los precedentes de este Tribunal, en especial, de la doctrina de los fallos «Videla» y «Marinozzi». Acto seguido, desarrolla los puntos de agravio en los que sustenta su crítica.

3.a.- Luego de reseñar los antecedentes relevantes de la causa, considera que la resolución adoptada por el tribunal de la instancia anterior, mediante la cual se declaró en abstracto el tratamiento de los recursos interpuestos por aplicación de la doctrina del «moot case», vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

En esa perspectiva crítica, cuestiona los argumentos dados por el sentenciante para sustentar la decisión impugnada.

En primer lugar, considera que se han tergiversado las razones y fundamentos expuestos en su oportunidad para fundar la pretensión de la Asesoría que representa, tendientes a revocar la prisión domiciliaria concedida a F. G. como modalidad morigerada de cumplimiento de la prisión preventiva. Sostiene que si bien el juez de la instancia previa funda la insubsistencia de interés en la resolución de los recursos impetrados en que, a la fecha de la misma, el imputado fue sometido a control por monitoreo georeferencial, lo cierto es que ese aspecto no constituyó el argumento desarrollado por la Asesoría para fundar su petición.

Esto pues, conforme surge del escrito presentado en fecha 27/11/2020, lo que motivó la petición de revocación del beneficio de la domiciliaria, y el pedido de citación de un testigo para que deponga al respecto, fueron los incumplimientos del acusado a dicho régimen denunciados por las víctimas a través de sus representantes legales.

Estima, además, que la inexistencia de cualquier tipo de control por parte del servicio penitenciario debió ser valorado como un indicio junto con la declaración del testigo ofrecido, en el sentido de dotar de veracidad a las denuncias de incumplimientos del deber de no abandonar el domicilio.

En segundo lugar interpreta que el segundo factor señalado por el juez relativo al cese de la prisión domiciliaria cuando deviniera firme la sentencia, no resulta acertado.

Razona que, en rigor, ocurre exactamente lo contrario, pues justamente la continuidad de la cautelar por todo el tiempo que insuma la interposición y tratamiento de los recursos extraordinarios provincial, y eventualmente federal, es lo que mantiene vivo el interés de la recurrente en la sustanciación de la incidencia de revocación de la prisión domiciliaria.

Desde allí postula que la continuidad de la prisión domiciliaria, y la presumible extensión en el tiempo que insume la tramitación de los recursos, es lo que justifica en la actualidad la insistencia en la incidencia de revocación de la morigeración acordada.

Refiere que, con posterioridad al pronunciamiento del a quo aquí impugnado, la madre de una de las víctimas se comunicó con la recurrente para hacerle saber que el encartado, a pesar del sistema de monitoreo, ha sido visto en la vereda tanto por ella, como por la víctima de autos P-2413/19, y la progenitora de ésta. Información que se encontraría corroborada por un informe complementario de la División Delitos contra la Integridad Sexual, ordenado por el Ministerio Público Fiscal.

Agrega que la víctima menor de edad D.M.A. ha retomado la presencialidad escolar en el nivel secundario, y el medio de transporte que utiliza para concurrir a la escuela es la línea 201, cuyo recorrido incluye,

precisamente, la cuadra en la que vive su agresor sexual. Al cerrar este tramo de sus argumentos, expresa que el razonamiento del juez importa no sólo denegar a su representada del acceso a la tutela judicial efectiva de sus derechos (arts. 8 y 25 de la CADH). Sino, además, la concesión a favor del acusado de una indemnidad por los incumplimientos incurridos durante el tiempo que gozó del beneficio de la prisión domiciliaria sin sujeción a ningún tipo de control.

3.b.- Por otra parte, sostiene que el tribunal de la instancia anterior no analizó la cuestión con perspectiva de género, incumpliendo de este modo con el deber estatal de diligencia reforzada (art. 7 Convención de Belém do Pará) y con su obligación de aplicar el interés superior de la niña, niño y adolescente (art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3 ley 26.061).

Considera que la afirmación del sentenciante, cuando refiere que pretensión de la Asesoría y, con ella, de parte que representa, se encontraba debidamente atendida y contemplada mediante las decisiones judiciales adoptadas anteriormente, importa una valoración reñida con derechos fundamentales de la víctima especialmente vulnerable, dada su condición de mujer y de persona menor de edad.

Ello supone, además, un apartamiento de los estándares internacionales aplicables a la materia. Advierte que la decisión impugnada cierra definitivamente toda posible discusión respecto de la revocación de la medida de coerción, por lo que se condena a su representada a continuar padeciendo zozobra, angustia y temor ante la eventualidad de un contacto con el confeso agresor sexual.

Situación que le impide transitar un camino de elaboración del trauma vivido, aún cuando haya recaído sentencia de condena.

Cuestiona que el juez no obró con la debida diligencia, porque le negó a la víctima la posibilidad de probar el incumplimiento de su agresor del deber de mantenerse en el interior de su domicilio y, por ende, de exigir que se haga efectivo el apercibimiento impuesto al otorgarse el mentado beneficio.

3.c.- Finalmente, la letrada advierte que la articulación del recurso extraordinario se impone aún cuando la resolución del mismo pueda devenir en abstracto.

Porque si bien la sentencia de condena puede adquirir firmeza antes de la sustanciación y decisión sobre el presente recurso, no es posible consentir una decisión judicial que ha cerrado definitivamente el debate sobre la legitimación de esa Asesoría para petitionar en el fuero penal en protección de las víctimas.

Postula que la legitimación procesal de esa parte para actuar en el proceso penal de los derechos de la víctima menor de edad, fue rechazada por el juez de sentencia mediante una decisión que no encuentra basamento jurídico alguno, y que es contraria al reconocimiento de aquélla conforme lo prevé la normativa nacional (Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional N° 26.061, Ley Provincial N° 8.928) e internacional (Reglas de Acceso a la Justicia de Brasilia) reconocida, a su vez, en pronunciamientos judiciales (entre ellos, “Arteaga Catalán” de la CSJN).

Reitera que mediante el recurso de reposición, y de reposición in extremis, a cuyo tratamiento no quiso ingresar el juez aduciendo, erradamente, la sustracción de la materia, perseguía revocar el auto mediante el cual se rechazó la pretensión de este Ministerio relacionada con la prisión domiciliaria del encartado.

3.d.- En función de todo lo expuesto, la recurrente solicita que este tribunal de revisión extraordinaria case la resolución cuestionada, y se resuelva el recurso de reposición in extremis conforme al derecho invocado y las constancias de la causa.

Lo que impone revocar el rechazo de la incidencia oportunamente articulada por esa parte dirigida a acreditar los incumplimientos de las condiciones de modalidad domiciliaria, y se ordene la sustanciación de la prueba testimonial que fuera ofrecida y admitida por el tribunal inferior (art. 485 del CPP).

4.- Los dictámenes de la Procuración General

En primer lugar, el Fiscal Adjunto en lo Penal contesta la vista de ley y aconseja el rechazo sustancial del recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado (fs. 6/7).

Señala que si bien el agravio defensivo se concreta en una supuesta falta de constitución en querellante particular por parte de la Asesora de Personas Menores e Incapaces, la norma procesal penal ha sido debidamente cumplida, toda vez que el juicio abreviado fue aceptado por el acusado bajo la formalidad prevista por ley para garantizar el amplio conocimiento y libre voluntad del enjuiciado. En ese sentido, puntualiza en que la solicitud de aplicación del referido procedimiento fue oportunamente petitionado por el acusado, su defensora y el representante del Ministerio Público Fiscal, y que la oposición de la Asesora de Menores no fue a la aplicación el juicio abreviado, sino que lo fue a la petición defensiva referida a que la pena a ser impuesta sea cumplida bajo la modalidad domiciliaria.

Con lo cual, la actuación de la representante del Ministerio Pupilar se ajustó a la normativa legal aplicable (art. 16, inc. 7 de la Ley N° 8.928 de Ministerio Público de la Defensa y Pupilar), lo que permitió que la víctima por ella asistida fuera escuchada en el marco del proceso judicial, conforme lo prevé el art. 419 del CPP. En base a todo ello, solicita no se haga lugar al recurso de casación analizado, y se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

En segundo término, el Procurador General contesta la vista de ley conferida en atención al recurso de casación planteado por la Asesora de Personas Menores e Incapaces contra el auto dictado en fecha 20 de setiembre de 2.021, emanado del tribunal de la instancia anterior, que declaró en abstracto el tratamiento del recurso de reposición impetrado oportunamente por la ahora recurrente, aconsejando su rechazo formal (fs. 14 y vta.).

Aduce que la vía intentada ha sido articulada contra un pronunciamiento que carece del carácter de «definitivo», y que en autos ha recaído sentencia condenatoria en la cual, el juez de juicio dispuso el efectivo cumplimiento de la pena impuesta en sede de Penitenciaría Provincial cuando deviniera firme la sentencia dictada. Refiere la posibilidad cierta de efectuar en cualquier momento la denuncia correspondiente en caso de incumplimiento por parte del encartado de la modalidad vigente – detención domiciliaria–.

En definitiva, estima que la interlocutoria bajo estudio no es de aquellas incluidas en el art. 475 del CPP, y no genera un gravamen irreparable que la haga equiparable a una “sentencia definitiva”, en tanto, reitera, en caso de incumplimiento por parte del acusado, puede efectuarse en cualquier momento la denuncia pertinente. Por esas consideraciones, considera que debe rechazarse formalmente el recurso presentado.

5.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento debo adelantar que, conforme a las razones que en lo sucesivo se expondrán, corresponde rechazar los recursos planteados y, en consecuencia, confirmar las resoluciones pronunciadas por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos.

El tratamiento que brindaré a las cuestiones planteadas por las recurrentes se apartará del orden cronológico en que sus presentaciones fueron efectuadas e incorporadas a la causa en el marco de las presentes actuaciones.

La necesidad de prescindir de esa circunstancia temporal se impone desde que el tratamiento de los agravios invocados por ambas partes recurrentes, particularmente la solución que se dará a los mismos, precisa e impone –lógica y jurídicamente– comenzar con el abordaje del recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Púpilar (a) y, luego, continuar con el recurso de casación interpuesto por la defensora del acusado (b).

a.- En cuanto al recurso incoado por la Asesora de Personas Menores e Incapaces debo decir que la impugnación no resulta formalmente procedente. Doy razones.

En primer lugar, se advierte que la resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial que declaró en abstracto el tratamiento del recurso de reposición formulado por la Asesora de Personas Menores e Incapaces, así como el de reposición in extremis subsidiariamente presentado, interpuestos ambos por esa parte contra el auto dictado por el mismo tribunal en fecha 30 de julio de 2021, cuando se realizó la audiencia de prisión domiciliaria a instancias de la hoy recurrente, no integra el elenco de resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación.

Efectivamente el auto recurrido no es una sentencia definitiva ni un auto que ponga fin a la acción o a la pena o haga imposible que continúen o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas (art. 475 del CPP).

Por ello, y en principio, no forma parte del elenco de resoluciones recurribles por casación. De tal manera, la censura intentada no reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos normativamente, desde que no aparece enderezada a cuestionar una resolución legalmente susceptible de ser recurrida por vía casatoria.

En segundo lugar, no puede soslayarse que existen casos específicos en los que, aún cuando el requisito de impugnabilidad objetiva descripto precedentemente no se verifique, corresponde equiparar el pronunciamiento a sentencia definitiva y, en consecuencia, admitir formalmente la vía casatoria.

Así sucede en aquellos supuestos en los que la decisión jurisdiccional atacada, por sus efectos, es susceptible de ocasionar un agravio de imposible, insuficiente, muy dificultosa o tardía reparación ulterior, precisamente porque no habría oportunidad en el desarrollo del proceso para volver sobre lo resuelto.

Sin embargo, lo cierto es que en el caso sometido a estudio tales circunstancias de excepción no se verifican, ni tampoco la casacionista ha logrado demostrar suficientemente que se comprueben situaciones excepcionales que permitan franquear el requisito de la impugnabilidad objetiva.

Esto en razón de que, por un lado, e inversamente a lo que propone la recurrente en su escrito de interposición del recurso extraordinario en examen, el auto impugnado no hace imposible continuar con la pretensión de revocación de la detención domiciliaria como modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva.

Por otro lado, desde que la decisión impugnada por la recurrente no se ajusta a los casos en que la jurisprudencia nacional y provincial ha admitido equiparar excepcionalmente una resolución con una sentencia definitiva cuando a priori no reviste tal carácter.

Al respecto, nuestro Cívero Tribunal se ha pronunciado reiteradamente cuando se presentan casos relacionados con la privación cautelar de la libertad de personas acusadas de la posible comisión de un delito y la presentación de recursos extraordinarios contra esa decisión (Fallos 307:359; 310:1835, 312:772, entre otros), habilitando aquella equiparación en los casos en que la resolución cuestionada pueda ser fuente generadora de un perjuicio de imposible reparación ulterior. Posición que ha sido replicada por éste Tribunal en pronunciamientos anteriores (ver al respecto, LS 416-117).

En tercer lugar, y más allá de los obstáculos señalados precedentemente, lo cierto es que la representante del Ministerio Público Pupilar no se encuentra incluida dentro del elenco de sujetos legitimados para interponer el recurso de casación intentado, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 476, 477, 478 y 479 del CPP, ni tampoco se ha constituido en el proceso como querellante particular, a los términos del art. 103, ss y cc del mismo cuerpo normativo. Con lo cual, tampoco se verifica el requisito de impugnabilidad subjetiva de la parte impugnante.

Al respecto, surge oportuno recordar que este Cuerpo ha admitido ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, habilitando precisamente la legitimación procesal del Ministerio Público Pupilar en el proceso (ver los **precedentes “Videla”, “Marinozzi” y, más recientemente, “Buenanueva Aballay”**).

Sin perjuicio de ello, considero que en el presente caso no se verifican ninguna de las circunstancias de excepción que motivaron aquellos pronunciamientos.

En particular, desde que los intereses de las víctimas de los hechos que conformaron el objeto de la acusación han sido adecuadamente representados por el Ministerio Público Fiscal y, en especial, por la representante del Ministerio Público Pupilar durante todo el proceso penal y, sobre todo, en el marco de la audiencia en la que se dictó la sentencia condenatoria recaída en autos.

En suma, la falta de cumplimiento del requisito de impugnabilidad objetiva de la resolución atacada, y de impugnabilidad subjetiva por parte de la representante del Ministerio Público Pupilar –recurrente–, impiden acoger formalmente la censura incoada.

b.- En relación al recurso formulado por la defensa, debe decirse que el cuestionamiento al decisorio del juez de la instancia anterior se centra en su decisión vinculada al mantenimiento de la privación cautelar de la libertad del acusado bajo la modalidad de prisión domiciliaria hasta que la sentencia condenatoria pronunciada adquiriera firmeza.

En esa perspectiva crítica, la casacionista refiere que esa decisión judicial se apartó de los términos del acuerdo celebrado con el representante del Ministerio Público Fiscal interviniente respecto de condiciones bajo las cuales el acusado consintió la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, y renunció a ser juzgado en un juicio oral y público por los hechos endilgados. En particular, que se

mantuviera la situación de morigeración de la medida de coerción impuesta al encartado –prisión domiciliaria– hasta que se cumpliera la totalidad de la pena cuya aplicación se solicitó.

Considera que ese vicio en el razonamiento jurisdiccional fue producto de haberse atendido la opinión de la representante legal de una de las víctimas de autos –Asesora de Menores e Incapaces– quien se expresó en contra de dicha morigeración, pese a que no tenía capacidad procesal para intervenir en juicio, porque no se constituyó oportunamente como querellante particular.

Todo lo cual, a su criterio, determina la nulidad parcial de la sentencia atacada. Resumidos de ese modo los agravios defensivos, debo decir que no comparto los argumentos de la defensa que sustentan la pretensión nulificante. Veamos.

En primer lugar, observo que en la resolución impugnada no se observa un apartamiento del juez a los términos del acuerdo celebrado entre el acusado, su defensora y el acusador público.

Ello impide verificar, en principio, que la voluntad de quien resultó condenado por aplicación del procedimiento de juicio abreviado se haya encontrado viciada.

En otras palabras, no existe desfasaje entre lo pactado por los litigantes y lo finalmente resuelto a través del fallo condenatorio por el tribunal de mérito.

Esta simetría entre los términos acordados libremente y el fallo se observa en todos los aspectos centrales que hacen a la esencia de la negociación libre y voluntaria de las partes que precede a la solicitud judicial de aplicación de este procedimiento especial.

Según se desprende de la reproducción del soporte digital de la audiencia respectiva, el acuerdo presentado por los litigantes ante el juez de la causa consistía en la admisión de la imputación delictiva atribuida al acusado en ambas causas tramitadas en su contra, de acuerdo a los términos fácticos y jurídicos en que la acusación resultó delimitada en las respectivas piezas de elevación a juicio endilgadas a F. G. en las causas seguidas en su contra, y la solicitud de un determinado monto de pena a imponer.

En lo que tiene que ver específicamente con el modo de cumplimiento morigerado de esa penalidad, surge evidente que ello no estuvo incluido en el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre los litigantes, sino que conformó una petición unilateral introducida al margen del mismo por la defensora del acusado. Adviértase que cedida la palabra por el juez al acusador público, éste detalló con precisión el contenido del acuerdo, individualizando y dando lectura a la plataforma fáctica contenida en los respectivos requerimientos acusatorios, la calificación legal bajo la cual esos hechos fueron típicamente subsumidos, y el pedido para que el juez condenara al acusado a la pena de ocho años de prisión, exponiendo fundadamente las razones de ello. El repaso de su alocución acredita lo antedicho, pues en ningún pasaje de su exposición el fiscal dijo que el acuerdo para abreviar el procedimiento preveía la morigeración en el cumplimiento de la pena pedida (ver registro audiovisual, audiencia 18/08/21, min. 00:02:20/00:05:28) Como lo dije anteriormente, fue la letrada defensora quien, luego de consentir el acuerdo celebrado con el representante fiscal, en los términos detallados por éste, y de solicitar al tribunal la homologación de lo pactado, de manera autónoma introdujo la mencionada solicitud.

Ello lo hizo a través de las siguientes expresiones: «[s]ólo resta agregar a lo expresado por el Sr. Fiscal, que éste Ministerio de la Defensa consiente la pena de ocho años de prisión, previo a la comunicación con mi asistido, que está de acuerdo con la calificación legal que ha sido merituada por el representante del

Ministerio Público Fiscal, y que va a solicitar que, encontrándose con una morigeración de la prisión preventiva, es decir, cumpliendo la pena en su domicilio [...] voy a solicitar que la misma continúe en esa modalidad, que la condena continúe en esa modalidad, atento a que mi asistido también ha sido investido con la pulsera electrónica.

En consecuencia, puede cumplir la prisión en su domicilio [...]» (00:05:41/00:07:57). Dado ese contexto, en forma previa a cederle la palabra a la representante del Ministerio Público Pupilar, el juez –acertadamente– distinguió «los términos del acuerdo formulados por el Ministerio Público Fiscal» del «planteo de la defensa del mantenimiento de la detención cautelar» a los fines que esa parte expresara su opinión sobre ambas posiciones (00:07:59/00:08:12).

A su turno, la Asesora de Personas Menores e Incapaces también escindió su intervención en dos planos.

Por un lado, expresó que había puesto en conocimiento de las víctimas y sus progenitores el contenido del acuerdo en los términos expresados por el agente fiscal, quienes le habían expresado su conformidad a la aplicación del juicio abreviado en los términos expuestos por el representante fiscal, particularmente en cuanto al monto de pena a imponer al acusado (00:08:14/00:08:52). Por otro lado, se refirió a la modalidad de ejecución de la pena, y adujo que «no corresponde la prisión domiciliaria porque no se dan ninguno de los presupuestos que establece la ley de ejecución penal para la concesión de la morigeración. Sin perjuicio que entiendo que es una cuestión que se tiene que tratar en el Juzgado de Ejecución Penal» (00:09:00/00:09:16).

En base a lo expuesto, queda sellada la suerte adversa de los argumentos de la defensa, en tanto despeja toda duda acerca de los márgenes del convenio. La modalidad morigerada de cumplimiento de la pena no formó parte de las estipulaciones negociadas que integraron el objeto del acuerdo pactado entre el Ministerio Público Fiscal, el acusado y su defensora, y respecto de las cuales F. G. extendió su consentimiento expreso, libre y voluntario. el acuerdo de las partes no contenía estipulación respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta. Abona ello que, como resultó comprobado, ninguna de las partes indicó en sus respectivas intervenciones efectuadas durante la audiencia respectiva, que el acuerdo de juicio abreviado incluía que la pena pactada fuese cumplida en prisión domiciliaria. De manera tal que, a diferencia de lo que hoy sostiene la letrada defensora, no puede aceptarse que el cumplimiento de la pena bajo modalidad domiciliaria haya sido el motivo que determinó a su representado a prestar su consentimiento para la realización de un juicio abreviado, porque –reitero– ello no fue convenido por las partes. Muestra cabal de lo antedicho es que el acusado, al ser consultado por el juez de la causa, además de admitir su responsabilidad como autor de los hechos que conformaron la acusación fiscal, consintió la aplicación de la pena pactada.

A ello debe agregarse que la morigeración de la medida de coerción impuesta al acusado –prisión preventiva– no ha sido modificada por el sentenciante, quien adecuadamente resolvió su mantenimiento hasta tanto la sentencia recaída en autos quede firme –pto. 4–. Sobre esta cuestión, cabe señalar que la solución dada sobre este punto por el juez de la causa, luce coherente y adecuada a la norma procesal cuya aplicación se impone al caso (art. 512 del CPP). Además de mostrarse respetuosa con el diseño constitucional y procesal de la competencia de los órganos jurisdiccionales (Libro Primero, título 3, capítulo II del CPP.).

Al respecto, basta con señalar que el rito penal prevé que el juez de sentencia es competente para juzgar los delitos cuyo conocimiento se le atribuya, debiendo pronunciarse respecto de «[...] todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas» (art. 409 párr. 1 del CPP). Mientras que, la competencia material del juez de ejecución (art. 506 del CPP) incluye, entre otras funciones, (a) «Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los jueces correccionales y cámaras del crimen, con excepción de la ejecución civil» (inc. 3°); (

b) «Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una ley más benigna» (inc. 5°); y, (c) «Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria» (inc. 6°).

Desde allí es posible despejar todo margen de duda sobre dos cuestiones. Primero, que el ejercicio de la competencia material de los jueces penales con competencia -o en función- de ejecución penal (art. 48 y 49 del CPP), nace a partir del momento en que, una vez firme la sentencia, se ha practicado el cómputo de pena y éste ha sido aprobado judicialmente, sea que haya mediado o no observación de alguna de las partes involucradas (arts. 511 y 512 del CPP).

Segundo, que la prisión domiciliaria, como instituto penal que supone un especial –y morigerado– modo de cumplimiento de la condena, no puede ser desvinculado de la etapa procesal que transita una causa penal luego de que recae en ella una sentencia de condena que adquiere firmeza.

Repárese en este sentido que lejos está, más allá de cierta similitud en la terminología utilizada en su denominación, del instituto de la detención domiciliaria que se haya previsto y regulado como alternativa –morigerada y menos gravosa– de la detención cautelar impuesta durante el desarrollo del proceso penal (art. 298 del CPP) -caso de autos-.

Por lo tanto, a partir de esas premisas, no cabe otra conclusión más que afirmar que, del juego armónico que resulta del art. 48 ss y cc de la ley 8.465, concordante con el art. 10 del CP, art. 32 ss. y cc. de la ley 24.660 (modif. por ley 26.472), **la prisión domiciliaria constituye un instituto que resulta propio a la etapa de ejecución penal**, por lo que sólo resulta competente para pronunciarse sobre la procedencia, o no, de dicho instituto el Juez Penal con competencia en materia de ejecución penal (art. 48 inc. 4 del CPP), pues se trata del órgano judicial que tiene a su deber resolver los incidentes que se susciten por cuestiones inherentes a la ejecución de la pena.

Dicho en términos claros, la prisión domiciliaria es una atribución del Juez Penal en función de ejecución, en tanto a éste es a quien corresponde **fijar la modalidad de cumplimiento de la sanción penal impuesta**, a partir del momento en el cual cesan todas las medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva.

Por lo tanto, la sentencia en este aspecto luce debidamente fundada, e importa una derivación razonada del derecho vigente en aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. De esta manera, y del modo en que lo adelantara, el recurso de casación de la defensa debe ser rechazado.

c.- Por tales razones, y en opinión concordante con el señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación interpuesto por la titular de la Cuarta Asesoría de Personas Menores e Incapaces.
- 2.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa de A. M. F. G..
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa del acusado.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de diciembre de 2021.-

54- COLLADO. 27-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=774>

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP. Ley 27 352. CEDAW. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Prescripción. Valoración de la prueba. Calificación legal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (arts. 119 tercer y cuarto párrafo inc. f del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 659 (20-09-19), pronunciada por el TPC N° 1- 2° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Muñoz García. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf

Doctrina e informes citados.

Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66. Informe CIDH, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr.17. CIDH.

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

Parágrafos destacados

“...Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos (ver al respecto “Ojeda Pérez”), más cuando la víctima es una niña, doblemente vulnerable por su edad y por ser mujer (ver “Vega” y “Zurita”)...”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-04956332-3/1((028601-115427)) FC/ C. C. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAV. POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON LA VICTIMA (115427) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105125761*

En Mendoza, a veintisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04956332-3/1 caratulada “F. C/ C., C. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON LA VÍCTIMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 390/396 la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 639 de fecha 20 de septiembre de 2019, su rectificatoria mediante auto N° 302 y sus fundamentos (fs. 351, 352 y 362/379 vta.) del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

Esto en razón de que en ella se condena a C. A. C. C. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (arts. 119 tercer y cuarto párrafo inc. f del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, condenó a C. A. C. C. por los hechos que se le atribuyeran en la causa N° P-115.427/17, el que fue calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima a la pena de ocho años y seis meses de prisión.

En efecto, el juez de la instancia anterior consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en la que se sostuvo que «[...] aproximadamente diez años atrás, entre los años 2007 y 2008, cuando C.E.A. tenía aproximadamente seis años de edad mientras M. [su progenitora] se habría retirado de la vivienda, dejando a sus hijos menores durmiendo al cuidado de C., éste aprovechando la situación de convivencia de la joven, [...] la despertó y le dijo que se cruzara [...] a la cama matrimonial, en otra habitación.

Que al llegar [...] éste estaba en calzoncillos, tenía su miembro afuera, esperándola, [...] y le dijo que “se la chupara”, haciendo referencia a que se introdujera su pene en la boca, que si bien la joven se negó, éste la tomó del brazo, la arrimó hasta él y le dijo “dale, que solo es un chupetín”, por lo que la joven llevó

a cabo la felación. Que [...] duró un rato [...] éste le metió su miembro en la boca y ésta se lo sacó en dos oportunidades, diciéndole que no quería hacerlo, pero éste nuevamente le metió su miembro en la boca y continuó con la acción [y] consumado el acto la víctima se retiró a su habitación» (ver fs. 363 vta. y fs. 365).

De la valoración de la prueba obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado a fs. 390/396 formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Esto, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios in iudicando e in procedendo.

En primer lugar, entiende que la sentencia no consideró el tiempo transcurrido entre la edad en que la víctima sostiene que sucedieron los hechos, 4 años, conforme su declaración en el debate y la edad al momento de que su madre radica la denuncia, 16 años. Conforme a esto, considera que se dejó de lado las previsiones del art. 62 del CP.

Entiende así que de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 409 y 459 del CPP –sic–, se imponía dictar la prescripción por el tiempo transcurrido, invocando al mismo efecto el art 2 del digesto procesal.

En forma preliminar transcribe el hecho y la calificación legal y luego desarrolla el primer agravio en orden a la inobservancia de la ley sustantiva y las normas procesales.

Afirma que la sentencia es arbitraria, que se ha fundado en probabilidades y no en pruebas que den certeza al juzgador.

Reitera que la víctima ha referido que los hechos acontecieron a los 4 años y fueron develados a los 16 años, por lo que están prescriptos y que se ha omitido considerar prueba decisiva –la declaración de la propia víctima en el debate– de la que transcribe varios pasajes.

Luego, se detiene en la importancia de la comprobación legal de la edad de la víctima a los efectos del delito investigado con cita de jurisprudencia.

Entiende que existe inobservancia del art. 23 del CPP –sic– para contraponer las declaraciones prestadas en la investigación penal preparatoria por la madre y la menor que refieren comisión de los hechos a los 6 años y la de ésta última en el debate que hablaría de 4 años.

Entiende que a esa fecha contaba con 18 años, era consciente de sus dichos y en aplicación del art. 2 del CPP, el tribunal debió interpretar los hechos en la forma más favorable al acusado y no en forma extensiva y análoga.

Afirma que una interpretación correcta del art. 62 inc. 2 del CP obliga al tribunal al dictado de la prescripción; que el paso de más de diez años en los que el presunto autor ha estado en libertad, que no ha sido denunciado por ningún otro hecho delictivo, que no existe peligrosidad ni secuelas en la presunta víctima y que es un trabajador en relación de dependencia, hacen tardía y sin sentido común a la condena.

El segundo motivo de agravio se centra en la inobservancia de lo dispuesto por el art. 119 último párrafo del CP, que agrava la pena para los supuestos del primer párrafo de aquella disposición en los incisos a, b,

d, e y f del párrafo tercero, por cuanto considera que conforme la denuncia de la progenitora, el hecho encuadra en dicha parte del artículo.

De esta manera, entiende que erróneamente el sentenciante lo ha encuadrado en los párrafos tercero y cuarto.

Cita jurisprudencia de este tribunal respecto de inobservancia o errónea aplicación de la ley.

Añade que se aplicó erróneamente el primer párrafo del art. 119 del CP conjuntamente con el tercero, cuarto y –sin mayores explicaciones– el último párrafo que aclararía todo el texto del artículo incluyente de la agravante de la convivencia preexistente.

Persiste y sostiene que el tribunal aplicó equivocadamente la parte más severa de la norma que no incluía la gravante del inciso f para imponer una condena que juzga totalmente injusta.

Finalmente, afirma, existe una deficiencia en la selección de la norma y peticiona, de mantenerse la existencia del delito, la aplicación del mínimo de tres años de la pena conforme la última parte del art. 119 del CP.

Por lo referido solicita se haga lugar al recurso, absuelva por prescripción de la acción penal al acusado y, en subsidio, aplique la última parte del art. 119 del CP y se lo condene a la pena de tres años de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 415/417 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Al efecto, señala que la sentencia se encuentra debidamente fundada, que ha analizado acabadamente la prueba recabada en la investigación penal preparatoria e incorporada como la producida en el debate.

En relación con la prescripción de la acción penal, el juez, conforme la prueba rendida –relato de la víctima en Cámara Gesell, en el debate, informes del CAI y del PPMI, declaración de la progenitora, partidas de nacimiento– entendió acreditada que aquélla estaba vigente en tanto los hechos acontecieron entre los años 2007 y 2008, considerándose que dada la naturaleza de este tipo de delitos cobra un valor esencial el testimonio de la víctima, así como los informes psicológico-psiquiátricos.

Analizó también los testimonios de los distintos profesionales que fueron coincidentes en cuanto a la existencia de un relato sincero por parte de ésta, sin contradicciones o variaciones graves o significativas, sin motivos gananciales e intereses personales otorgando parámetros de credibilidad.

Del mismo modo, respecto de los exámenes realizados al acusado que, según la defensa no serían determinantes en orden a descartar la autoría y del resto del material probatorio, el juez se encargó de responder a todas las críticas defensivas siendo, a su criterio, el cuadro probatorio unívoco y cargoso en contra del encartado.

Sostiene que los agravios de la defensa, más que vicios de la sentencia, reflejan discrepancia con la interpretación dada por el sentenciante al plexo probatorio, por lo que no puede sostenerse que la misma sea arbitraria, contenga vicios en su motivación o se aparte de la sana crítica racional; por lo que el planteo defensivo no puede prosperar.

En relación con el cuestionamiento a la pena, considera que no aparece desproporcionado ni carente de motivación, a cuyo efecto cita jurisprudencia de esta Sala, entendiendo que los arts. 40 y 41 del CP han

sido correctamente aplicados. Por lo expuesto, estima que el recurso interpuesto no resulta procedente, por lo que debe confirmarse la sentencia cuestionada.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos, que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la defensa no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación, en su totalidad, de la sentencia impugnada. La defensa plantea dos motivos de agravio.

El primero, relacionado con la prescripción de la acción penal del delito investigado, en base a la supuesta edad de la víctima al momento de los hechos conforme el delito investigado y la fecha de la denuncia –sic–, lo que tiene directa vinculación con el material probatorio rendido y evaluado para la condena.

El segundo, en relación a la errónea aplicación del art. 119 del CP.

a.- Consideraciones acerca del planteo de la defensa sobre la prescripción de la acción penal

El planteo del recurrente en la etapa procesal anterior a la presente formó parte también de una excepción de previo y especial pronunciamiento, la que fue debidamente analizada en la primera cuestión por el juez de sentencia.

Adelanto desde ya que la defensa secciona el análisis del material probatorio, para tomarse únicamente de la declaración parcializada de la víctima en el debate y afirmar que los hechos acontecieron cuando aquélla tenía de cuatro años.

En base a ello, y sin expresar razones, toma la fecha de la denuncia de la madre de la niña –10/08/2017– para entender que a ese momento había transcurrido el plazo máximo de doce años previsto por el art. 62 inc. b) del CP, y peticiona la prescripción de la acción penal.

Téngase presente, sin embargo, que durante el debate la defensa, al excepcionar, tomó el avoque de fs. 202, y que tiene fecha 22 de febrero de 2018, como primer acto con capacidad interruptiva de la acción penal. Como la víctima, conforme la partida de nacimiento de fs. 192, nació el 16 de julio de 2001, esos hechos, según la defensa, acontecieron en el año 2005 y en consecuencia habría transcurrido, de acuerdo con el delito atribuido, el plazo máximo para la vigencia de la acción previsto por el art. 62 inc. b) del CP.

Sobre la cuestión, considero que asiste razón al sentenciante en cuanto a que el planteo de la defensa tiene directa relación con las probanzas de autos.

Así, debe señalarse que los hechos que conforman el requerimiento de citación a juicio, y que fueron tenidos por probados en la sentencia (ver fs. 363 y vta.), acontecieron entre el 2007 y 2008; conclusión a la que llegó el juez luego de un minucioso análisis del plexo probatorio rendido e incorporado y respecto del cual la defensa efectúa manifestaciones generales sin anclaje alguno en el material probatorio.

Como anticipé, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia y observando, asimismo, en dicho análisis la debida perspectiva de género que el caso imponía.

Por ello estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

En efecto, el libelo recursivo no logra demostrar el apartamiento de las reglas de la sana crítica racional por cuanto, como dije, ha parcializado el plexo probatorio al extremo de considerar únicamente menciones aisladas de la declaración de la propia víctima durante el curso del debate.

Contrariamente, el sentenciante partió de considerar cómo se produjo el develamiento, a través del testimonio de V., novio de la víctima, y a quien ésta, le contó en primera instancia los hechos acontecidos. Luego V. puso en conocimiento de la madre de la víctima lo acontecido y ésta radicó la denuncia al otro día.

Seguidamente analizó el relato de la víctima en Cámara Gesell, el que consideró lógico, con coherencia interna, espontáneo, desestructurado, con detalles de contexto temporo-espacial e, incluso, con detalles innecesarios y periféricos.

A partir de ello estimó que de aquella declaración surgían claramente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los hechos acontecieron, particularmente que la víctima contaba con seis años.

En este sentido, debe tenerse presente que si bien C.E.A. contaba con dieciocho años al momento del debate, ella refirió inicialmente, previo justificar las razones por las que empezara a contar lo acontecido luego de tanto tiempo, que los hechos acontecieron cuando tenía cuatro años aproximadamente. Sin embargo, y a diferencia de la defensa, el juez evaluó debidamente su declaración completa.

En efecto, C.E.A. sostuvo que el acusado «[m]e hizo, como sería, hacerle casi sexo oral, con todo afuera y diciéndome como que era un chupetín, en sus partes bajas [...]». Y agregó, «[s]egún mi cabeza yo tenía cuatro años, por lo que me ubico. Vivíamos en... con mi mamá y mis dos hermanos más chicos, no tenía ningún hijo con C. [...]». (ver registro audiovisual del 10/09/2019, tercera parte, minutos 00:12:56 y ss). También señaló, «[e]ra un día que iba a la escuela [...] iba a la tarde [...]» (ver registro audiovisual del 10/09/2019, tercera parte, minutos 00:17:20 y ss). Ante preguntas, «[s]i, creería que iba a primer grado, muy bien con el tiempo no me ubico [...]» para luego ante las preguntas, dudosamente manifestar que podría haber ido al jardín (ver registro audiovisual del 10/09/2019, tercera parte, minutos 00:18:09 y ss).

Avanzada su declaración aportó un dato relevante en orden a lo que nos ocupa y a la convivencia con el acusado por cuanto expresó que «[...] llegaron –a convivir– hasta M. bebé, seguíamos conviviendo con él, no me ubico por tiempo, me ubico más por hechos [...] M. nació y no pasó mucho y nos separamos [...]» (ver registro audiovisual del 10/09/2019, tercera parte, minutos 00:32:15 y ss.). Respecto de la edad le dijo a la defensa «[c]reo que seis o siete [...]» (ver registro audiovisual del 10/09/2019, tercera parte, minutos 00:33:51 y ss.).

Debe concluirse que la víctima no fue terminante en este acto en cuanto a que los hechos sucedieron a los cuatro años, pues también hizo referencia a la edad de seis o siete años, y a que podría haber ido a primer grado.

Por otra parte, el juez de la instancia previa ponderó los informes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y del Programa Provincial de Maltrato Infantil, así como los testimonios de la Lic. Valeria Lafalla y la Lic. Demaría.

De todo ello, estimó, acertadamente, que se confirmaba la credibilidad del relato de la víctima, especialmente que la niña fue víctima de los hechos cuando contaba con seis años de edad pues resultaba clara referencia del relato en que iba a primer grado de la escuela primaria (ver fundamentos a fs. 367 y vta. y fs. 368/371).

En este sentido debe destacarse, tal como razonó el juez de sentencia, que del informe del PPMI de fs. 254/256 surge que la adolescente víctima, que fue atendida en más de siete oportunidades, refirió que los hechos ocurrieron cuando tenía seis años y sindicó al acusado como el padre de sus hermanos más chicos, refiriéndose a M., L. y N.

La profesional que suscribió aquel informe, Lic. Demaría, sostuvo en el debate que «[c]uando viene la menor – en tanto refirió que primero lo hizo la progenitora– mencionó que [los hechos ocurrieron] alrededor de los seis o siete años, sin recordar exactamente la edad [...]» (ver registro audiovisual del 12/09/2019, minutos 00:07:23 y ss.).

En igual sentido el informe del CAI de fs. 200 da cuenta que «[...] la joven refiere hechos de abuso sexual que sitúa cuando la misma concurría a primer grado y tenía unos seis años de edad [...]», declarando en forma coincidente la firmante en el debate, Lic. Lafalla. Además, el juez valoró que la madre de C.E.A refirió que «[...] vivían en..., le alquilaba a mi tía [...] M. recién nacido [...] yo no trabajaba, me ausentaba cuando llevaba a M. a los controles» (ver registro audiovisual del 10/09/2019, segunda parte, minutos 00:08:45 y ss.).

Sostuvo también que C.E.A, a la fecha de esa declaración, tenía dieciocho años y M., once y que tenía tres hijos en común con el acusado: M., L. y N. Dijo, además, que «[l]as cosas empeoraron en el 2007, en mayo del 2007 me quedo embarazada de M. [...] en 2009 me voy a vivir con mis hijos sola, me echan porque él discutió con mi tía, yo estaba embarazada del segundo nene [...] perdura hasta agosto del 2010 [...]» (ver registro audiovisual del 10/09/2019, segunda parte, minutos 0039:12 y ss.).

Del cotejo de ambas declaraciones surge claro que: A.M., el acusado, los dos hijos mayores de aquella – C.E.A. y A.A.–, vivían en la vivienda ubicada en...; ello aconteció entre el 2007 y 2009, al menos; en dicho período, mayo de 2007, A.M. quedó embarazada de M. y que éste tiene una diferencia de siete años con la víctima (véase fecha de nacimiento de éste –23/02/2008– conforme partida de fs. 252). Ello, por otra parte, encuentra prueba objetiva en la fecha de nacimiento de C.E.A. que data del 16/07/2001, con lo cual, a la fecha del nacimiento de su hermano, la víctima contaba con seis años.

Además, efectivamente L., quien al decir de A.M. nació prematuro el 07/05/2009, lo que refuerza aún más el momento en que los hechos sucedieron. Conforme a lo expuesto, el agravio de la defensa no puede prosperar pues surge con claridad la fecha en que los hechos habrían ocurrido y, conforme a ello, la acción penal no se encontraba prescripta.

En este sentido, la declaración de la víctima ha sido de fundamental importancia en tanto aportó datos esenciales para encuadrar temporalmente los hechos que denunció. Testimonio que, como se adelantó fue adecuadamente valorado por el sentenciante, de acuerdo lo imponen los **arts. 206 y 409 del CPP**, y con la debida perspectiva de género.

Esto último de conformidad con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que

desarrollan sus relaciones interpersonales en observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional, y del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos.

En este sentido y sobre los objetivos de la ley 26.485 en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos (ver al respecto “**Ojeda Pérez**”), más cuando la víctima es una niña, doblemente vulnerable por su edad y por ser mujer (ver “**Vega**” y “**Zurita**”).

Conforme con todo lo expuesto, entiendo que surge con claridad que la evaluación de los dichos de la víctima lo ha sido con absoluto respeto y observancia del contexto de vulnerabilidad en que ésta se encontraba inmersa, lo que además se encuentra objetivamente corroborado con elementos periféricos.

A partir de allí, surge con claridad que los hechos acontecieron entre el 2007 y 2008 hallándose vigente la acción penal (art. 62 inc. b del CP).

Por estas razones, el agravio del recurrente no puede prosperar.

b.- Sobre la pretensión vinculada a la errónea aplicación de la ley sustantiva

Como segundo motivo de agravio, confusamente la defensa sostiene que los hechos, sin discutir el análisis probatorio que el juez realizó en la sentencia, deben ser encuadrados en el art. 119, primer párrafo del CP.

De tal manera, y sin dar razones, afirma la inobservancia de lo dispuesto por el art. 119 último párrafo del CP, que agrava la pena para los supuestos del primer párrafo en los incisos a, b, d, e y f del párrafo tercero.

Pareciera, de lo afirmado, que el recurrente sostiene que la agravante del inciso f no es de aplicación en los párrafos tercero y cuarto del art. 119 del CP.

Adelanto desde ya que, probados que han sido los hechos que se le atribuyeran al acusado y su autoría, basta la simple lectura del art. 119 del CP, en su anterior redacción a la ley 27.352, para encuadrar la conducta, tal como se hizo en la sentencia recurrida, en el párrafo tercero.

Esto en razón de que esa norma refiere que «[l]a pena será de seis a quince años de prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía [...]».

Así, la referencia a las modalidades comisivas típicas del párrafo primero resulta clara y aluden a «[c]uando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción vía [...]».

Ahora, en el párrafo siguiente, esto el cuarto párrafo que contiene las agravantes en relación con el segundo y tercer párrafo, se prevé a la convivencia preexistente aplicada en autos en su inciso f.

De este modo, surge con claridad la circunstancia que, vinculada a que el acusado obligara a la víctima a practicarle sexo oral llamado ello tradicionalmente fellatio in ore, aun de manera previa a la reforma de la ley 27.352, lleva a que el hecho sea encuadrado en el párrafo tercero del art. 119 del CPP (ver al respecto

«**Basualdo**») con la concurrencia de una de las agravantes, la del inciso f), por aprovecharse el acusado de la convivencia preexistente con la víctima –menor de dieciocho años–. Esto conlleva una escala penal que oscila entre ocho y veinte años de prisión.

Dicho esto, no puede de modo alguno sostenerse que existe errónea aplicación de la ley sustantiva, pues los hechos no configuran, de modo alguno, acciones típicas al primer párrafo del art. 119 del CP como pretende la defensa.

De acuerdo con ello, la pena impuesta, que tan sólo supera en seis meses el mínimo de la escala, no puede considerarse ni injusta ni desproporcionada, en tanto aparece debidamente fundada en las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP. Por ello, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. C. C..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Muñoz García», «Ojeda Pérez, «Rivero Gutiérrez», entre otros).**

En la primera oportunidad sostuve en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «[s]e trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también que, para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad** en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

En este entendimiento, y a fin de tener en el caso bajo estudio una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que

padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. A. C. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

55- LAGO PRIMA. 16-12-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	M	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf

Lex: Art. 119 1° y 3° párrafos en función de los incs. b y f y 3°, 55 CP. Arts. 8 y 25 CADH. Convención de Belém do Pará. Reglas de Brasilia.

Vox: Abuso sexual. Víctima menor de edad. N.N.A. A.S.I.

Summa:

El **TPC** condenó a Lago Prima a la pena de **catorce años de prisión** como autor del delito de abuso sexual simple agravado (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado (dos hechos), ambos por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente; y a Lago Arroyo a quince años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos)

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria sosteniendo que el juez de sentencia se apartó de las reglas de la sana crítica racional.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1352., pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González.
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galera. 09-12-2014: LS. 473-163
- Gómez. 19-03-2014: LS. 464-080
- Navarro Moreno.
- Merlo Danaire. 08-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=14>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Biscontín Tobares. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Gómez Ayala: 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- Porcel Valero. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf
- Molina. 15-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=657>
- Villegas Calabreto. 15-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=741>
- Mamani Calla. 15-11-21

b-CSJN

- Leiva. 01-11-11:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492&cache=1696198881886>

c-CIDH

- Bámaca Velásquez vs. Guatemala. 25-11-00:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf
- Caso del penal Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Doctrina e informes citados.

Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66. Informe CIDH,
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr.17. CIDH,

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Llorente.

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05513951-7/1((018602-28784)) FC/ LAGO PRIMA MARIO DAVID Y LAGO FERNANDO EXEQUIEL (28784) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105695261*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05513951-7/1 caratulada "F. C/ LAGO PRIMA. MARIO D. Y OT. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE .

La defensa de Mario David Lago Prima y Fernando Exequiel Lago Arroyo interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.352, mediante la que se condenó al primero de los nombrados a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de abuso sexual simple agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (dos hechos), previsto y penado por los arts. 119 primer párrafo en función con los incs. b y f, 55 y 119 tercer párrafo en función con los incs. b y f del CP); y, al segundo de los nombrados, a la pena de quince años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos), previsto y penado por los arts. 119 tercer párrafo en función con los incs. b y f y 55 del CP).

El pronunciamiento lo dictó el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P-28.784/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El Tribunal de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado en relación con el acusado Mario David Lago Prima que «[...] en fechas y horas no precisadas pero presumiblemente durante todo el transcurso del año 2018, en el domicilio sito en calle... de San José, Guaymallén, Mario Lago Prima tocó los pechos de la menor [CH.M] por debajo de la ropa, como así también su cola, mientras le preguntaba si le gustaba, ello en ocasión de que la niña se quedaba los fines de semana al cuidado de la familia Lago en virtud de que su progenitora se retiraba a trabajar. Que sin poder precisar fecha ni hora exacta, pero presumiblemente entre los meses de junio y julio del 2018, durante un día del fin de semana en horas de la siesta, en el interior del domicilio sito en calle ... de San

José, Guaymallén, Mario Lago Prima, quien era un vecino de la víctima y en ese momento estaba al cuidado de la menor [CH.M], mientras la niña se encontraba en el comedor mirando televisión y el resto de los habitantes dormían, la llamó e hizo que la menor se parara frente a él, le bajo los pantalones mientras le manifestaba que no tuviera miedo, que nada malo iba a pasar, luego la dio vuelta, desabrochó su propio pantalón y sentó a la niña sobre sí e introdujo su pene en el ano de la misma, quien ante el dolor que le provocó empezó a llorar, razón por la cual el incuso le tapó la boca para que no gritara, momentos después la soltó y [CH.M] fue al baño a lavarse por sentirse sucia. Asimismo, en el mes de setiembre del mismo año, durante el fin de semana, en el comedor del domicilio, mientras la esposa del sindicado había salido a comprar, subió a la niña a la mesa donde la recostó, le tapó la boca para que no gritara e introdujo su pene en el ano provocándole dolor, ante lo que [CH.M] rompió en llanto, mientras Lago Prima le manifestó que no debía decir nada de lo sucedido». De igual modo, el juez tuvo por probado que Fernando Exequiel Lago Arroyo «[...] en fecha y hora no determinada, presumiblemente entre los años 2014 y 2017, cuando la menor [CH.M] tenía entre 7 y 10 años, en un domicilio aun no precisado, pero en el cual residía el abuelo del acusado, quien en esos momentos se encontraba al cuidado de la menor, la condujo a la vivienda para luego en una de las habitaciones succionarle los pechos, bajar por su cuerpo hasta la vagina y practicarle sexo oral, acto seguido introdujo un dedo en su vagina para posteriormente introducirle el pene, frente a lo cual [CH.M] lloraba y el acusado le pedía que se calmara y que no contara la sucedido porque era un secreto, que si manifestaba lo sucedido a él se lo llevarían a un lugar y que su madre no iba a creerle, situaciones que se repitieron un número indeterminado de veces. Asimismo en reiteradas ocasiones durante el año 2018, en el domicilio sito en calle... de San José, Guaymallén, en la habitación de Fernando Exequiel Lago, puso a la menor ante sí y le exhibió sus genitales para luego penetrarla vía anal y vaginal. Ello en ocasión en que la menor se quedaba los fines de semana en el domicilio mencionado al cuidado de la familia de Lago».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima Ch.M. en Cámara Gesell, I. G., el Lic. Francisco Izura y la Lic. Marisa Fusari, ambos profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS), el Dr. Hugo Sanmartino del Cuerpo Médico Forense (CMF), el Dr. Emanuel Biasiori, médico urólogo del acusado Lago Prima, el informe del examen físico del CMF realizado a la menor, la pericia psicológica realizada a la víctima por el EDEAAS, el informe del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI), el examen físico realizado a Prima Lago por el CMF, la documentación sobre los antecedentes médicos y la historia clínica del acusado Prima Lago obrante a fs. 379/381, y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. En el aspecto formal, alega una arbitraria valoración de la prueba producida e incorporada al debate. Sostiene que el juez de sentencia se apartó de las reglas de la sana crítica racional, y asegura que si el sentenciante se hubiera apegado a dichas reglas, el resultado hubiese sido una sentencia razonable de carácter absolutorio para sus defendidos. Con relación al acusado Fernando Exequiel Lago Arroyo entiende que la prueba objetiva incorporada en autos –en particular, el examen físico del CMF de la menor y la declaración testimonial del Dr. San Martino–, permite descartar todo indicio sobre un posible acceso carnal a la menor CH.M. Cuestiona que se recurrió al concepto de coito vestibular y a la imposibilidad de la niña de describir el acto sexual, para encuadrar el hecho de manera forzada en el tipo agravado.

Alega que los elementos de prueba objetivos que indican la ausencia de lesiones en la zona vaginal y anal de la menor contrastados con la hipótesis acusatoria, ponen en un estado de duda serio e insuperable que el sentenciante debió considerar.

Agrega que es absurdo suponer que el acusado abusó de la menor durante aproximadamente cinco años en reiteradas ocasiones, para sólo accederla vestibularmente.

Se agravia que ante diversas valoraciones de la prueba, la resolución que cuestiona acoge de manera arbitraria la versión menos favorable al acusado, en violación al principio in dubio pro reo. Sostiene que la vulneración al aludido principio constitucional también se observa en la valoración de la prueba pericial psicológica realizada a Fernando Lago.

Ello por cuanto tanto el informe psicológico del acusado como las declaraciones testimoniales de las licenciadas Laura Squilliaro y Lorena Aguilera –perito de parte–, concluyeron sobre la inexistencia de una personalidad que encuadre dentro de un cuadro nosográfico de parafilia.

Asegura que, no obstante ello, el sentenciante en su razonamiento utiliza otros parámetros para fundar la responsabilidad del acusado, tales como el narcisismo, la inmadurez, la baja tolerancia a la frustración y el inadecuado manejo de sus emociones, aspectos que –según se desprende del mencionado informe– puede provocar un desajuste en la conducta del acusado con incidencia en las distintas áreas de su vida, incluida la sexual.

Entiende que una valoración respetuosa del principio de inocencia, debió considerar que, además de refutarse objetivamente la acusación, el acusado no presentaba parámetros claros de parafilia que lo sindicuen como autor de los hechos enrostrados. En otro orden, alega que la víctima CH.M. refirió ante los profesionales del PPMI modalidades del hecho que no fueron reiteradas por ésta en sede judicial y, por ende, no conformó la hipótesis acusatoria.

Concluye con relación al acusado Fernando Lago Arroyo que no se pudo acreditar en grado de certeza los extremos de la imputación y, por ello, el juez de sentencia debió aplicar el principio in dubio pro reo y absolver al acusado en orden a los delitos por los cuales fue condenado.

Con relación a Mario David Lago Prima, destaca la imposibilidad física de su asistido de mantener relaciones sexuales desde antes que acontecieran los hechos que se les atribuye, extremos que –a criterio de la defensa– se encuentran debidamente acreditados con los informes médicos practicados por el Servicio Penitenciario de Mendoza y la prueba documental incorporados al debate.

Considera que la testigo R. A., cónyuge del acusado, en su declaración testimonial confirmó la problemática sexual de Lago Prima.

Por todo ello, se agravia que el tribunal de sentencia haya considerado los elementos de juicio que dan sustento a su postura, como prueba preconstituida para desvincular a Mario Lago Prima de los hechos que se le atribuyen.

En otro orden, cuestiona que el tribunal de sentencia descreyera de la versión de los hechos brindada por el acusado, tendiente a justificar la imposibilidad de su presencia por razones laborales en las circunstancias temporo-espaciales señaladas en la hipótesis acusatoria. En tal sentido, señala que la jornada laboral del acusado fue confirmada por el testigo D. H. M.. Concluye que el razonamiento del

tribunal de la instancia anterior implicó invertir la carga de la prueba y una violación flagrante del principio de inocencia y el de in dubio pro reo.

En tal sentido, entiende que la vaguedad con la que se circunscribe los hechos en sus circunstancias de tiempo y lugar, llevó a la defensa a soportar por parte del tribunal de juicio un sistema de prueba diabólica, intentando demostrar la no participación de Mario Lago Prima a lo largo de un año.

En el aspecto sustancial, propicia –en subsidio y para ambos acusados– el cambio de calificación legal por el delito de abuso sexual simple en razón de los argumentos precedentemente desarrollados y por entender que existe una duda razonable en cuanto a la acreditación de la hipótesis acusatoria, la que fue mantenida por el tribunal de sentencia en su solución condenatoria.

Con relación a los agravios vinculados a los montos de las penas impuestas a los acusados, sostiene que como consecuencia de lo analizado, las penas individualizadas surgen desproporcionadas, y se apartan notoriamente del mínimo legal aplicable, en particular, la pena aplicada a Mario Lago, la que es groseramente lesiva del principio de culpabilidad si se contrastan los hechos y encuadre legal enrostrados a Fernando Lago.

Manifiesta que se aparta de los parámetros impuestos en los arts. 40 y 41 del CP y que no permite el acceso al régimen progresivo de la pena.

En razón de lo expuesto, solicita se ordene la absolución de los acusados en orden a los delitos por los que fueron condenados y, en subsidio, el cambio de calificación legal por la figura básica del delito en el que fueron subsumidos los hechos.

En ese orden, propicia también la modificación de las penas, las que deberán ser proporcionales a los hechos endilgados.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la defensa del imputado pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Expresa que la sola reiteración de la posición defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación, relevado por el a quo en el debate y plasmado en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

a-Sector vulnerable de la población-

Preliminarmente, y al advertirse que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–. Así, debe considerarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que CH.M., quien fue víctima de abuso sexual por parte de los acusados, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos («Concha, Jesús y ots.»).

La Corte IDH en el «**Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas

lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011**; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia** sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la **ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o **estándares en la interpretación de la prueba en materia de género**, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el Tribunal sentenciante consideró en forma satisfactoria los **estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional.**

Así, para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima y la sindicación que realizó de los acusados como autores de los hechos, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

b-Versión de los hechos dada por la víctima

b.- De este modo, el tribunal de sentencia con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por CH.M., en tanto entendió que su testimonio **reunía las características necesarias que permitían otorgarles plena credibilidad a sus dichos.** Así, el tribunal sostuvo que no se advertía en la niña víctima la existencia de un móvil de venganza, odio o resentimiento en la sindicación de los acusados como autores de los hechos. A su vez, señaló que era un «[...] elemento importante, a efectos de establecer la **falta de animosidad en la víctima y/o manipulación por parte de su progenitora, la forma en que los hechos fueron develados, en tanto fueron puestos en conocimiento por ella a su tía J. E. P. G. y a los docentes del colegio**» (ver fundamentos, fs. 178 vta. y 179).

Destacó también el tribunal de sentencia como relevante que **lo declarado por la niña, pese a su corta edad, se mantuvo inalterable desde el primer momento. Aclaró que si bien su relato fue progresivo** ello «[...] se debió –como lo explica el Lic. Izura– a las particularidades de su entorno familiar y extra familiar». A ello, agregó que el testimonio de Ch.M. resultaba verosímil por la concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas.

Al respecto, destacó que tanto el informe psiquiátrico de la niña víctima realizado por el EDEEAS, como así también, el informe del Programa Provincial de Maltrato Infantil –ambos informes ratificados por los profesionales intervinientes en audiencia de debate–, concluyeron sobre la existencia de indicadores y sintomatológica altamente específicas de abuso sexual, con características de cronicidad por parte de dos hombres de su entorno familiar (ver fundamentos, fs. 179 vta. y 180).

A su vez, el juez de sentencia consideró que esta versión de los hechos se encontraba debidamente corroborada por los restantes elementos prueba, en particular, las distintas declaraciones testimoniales, tales como el testimonio de I. G., **progenitora de la menor, y sus tías, J. G. y V. G.**, las que dieron cuenta no sólo de lo manifestado por la víctima en relación a los sucesos de abuso perpetrados por los acusados, sino también confirmaron las demás circunstancias modales que conformaron los hechos atribuidos a Lago Prima y Lago Arroyo (ver fundamentos, fs. 179).

Cabe aclarar que frente a estos argumentos, **la defensa no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento del juzgador ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa,** razón por la que deben considerarse válidos e integrados a los elementos de juicio que se analizarán seguidamente. Ahora bien, en relación con los agravios vinculados a la tarea valorativa realizada por el tribunal de sentencia, advierto que la defensa para desvirtuar la credibilidad del relato de la víctima Ch.M., por un lado, omite ponderar la prueba precedentemente analizada y, por otro lado, sus conclusiones se derivan de un análisis sesgado de los elementos de juicio cuya valoración, por parte del sentenciante, cuestiona. De este modo, entiendo que no puede prosperar en esta instancia el agravio

vinculado con la ausencia de toda evidencia física en la menor Ch.M., lo que surgiría –según señala la defensa– del examen físico del CMF de la niña y la declaración testimonial del Dr. San Martino. Esto no permitiría tener por acreditado en grado de certeza el tipo agravado atribuido a los acusados.

En este sentido, la defensa destaca que el sentenciante recurrió al **concepto de coito vestibular y a la imposibilidad de la niña de describir el acto sexual**, para encuadrar el hecho de manera forzada en el tipo agravado. Entiendo que el tribunal de sentencia brindó adecuadas razones para dar sustento a los hechos que conformaron la hipótesis acusatoria. Así, y con relación con el acceso carnal vía anal, el sentenciante valoró la declaración testimonial del Dr. San Martino quien sostuvo que la penetración anal no deja de manera indefectible lesiones, por tratarse de una zona mucosa que cicatriza de forma rápida. Con base a estos argumentos el tribunal consideró que «[l]o dicho por el perito permite sostener la posibilidad que la falta de lesiones verificadas en el ano al realizarse el examen físico, varios meses después de ocurridos los abusos, en nada impiden sostener que dichos abusos por penetración anal existieron» (ver fundamentos, fs. 182 vta.).

Del mismo modo, advierto por parte de la defensa un análisis sesgado y ceñido a sus intereses defensistas con relación al acceso carnal vía vaginal del cual también fue víctima Ch.M. Así, el tribunal de juicio consideró lo declarado por el mencionado profesional del CMF, quien precisó que el himen de la niña es distensible porque permite la apertura sin su lesión.

Con base a ello, el sentenciante sostuvo que «[s]i tenemos entonces, por un lado el relato de la menor que se concluyó no es mentiroso, que describe situaciones y sensaciones referidas a penetraciones o intentos de penetración vaginal por parte de Fernando Lago, y por otro, las explicaciones que el Dr. San Martino dio respecto a la posibilidad de coito vestibular sin lesiones, podemos concluir [...] que se trataron de penetraciones incompletas o de coitos vestibulares, que fueron percibidos por la menor como penetraciones completas en algunos casos por las sensaciones de dolor y calor que refirió al declarar» (ver fundamentos, fs. 183).

En segundo orden, la defensa cuestiona los indicios incriminatorios que el tribunal de sentencia infiere a partir del informe psicológico realizado a Lago Arroyo, lo que –a su entender– vulneraría el principio in dubio pro reo. En este sentido, la defensa explica que el sentenciante para fundar la responsabilidad del acusado se valió de aspectos de su personalidad –tales como el narcisismo, la inmadurez, la baja tolerancia a la frustración y el inadecuado manejo de sus emociones–, en desmedro de las conclusiones a las que arribaron los profesionales intervinientes sobre la inexistencia de una personalidad que encuadre dentro de un cuadro nosográfico de parafilia. El agravio esgrimido en este sentido no puede tener acogida favorable.

Ello en razón de que el tribunal de juicio brindó adecuados fundamentos que el censurante no ha podido desvirtuar en esta instancia. Al respecto, debo señalar que el recurrente reitera la interpretación sesgada de la prueba y la aísla del resto del plexo probatorio que ha guiado la construcción de sus agravios en esta instancia recursiva. En este entendimiento, debo aclarar que el tribunal de sentencia no omitió considerar que de los informes periciales se desprende que el acusado no presentaba patologías directamente relacionadas con la esfera sexual. Sin embargo, destacó que los profesionales intervinientes señalaron que los rasgos de la personalidad del acusado eran compatibles con conductas inadecuadas en la esfera sexual. Señaló, además, que la perito de parte en las pericias psicológicas de ambos acusados –Lic. Lorena

Aguilera– agregó, con relación a Fernando Lago Arroyo, que «[...] no podía aseverar que no realizara estas conductas sexuales por su nivel de inmadurez» (ver fundamentos, fs. 181).

Por otro lado, me interesa destacar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el **precedente «González»**. Señalé en tal oportunidad, que entre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos comenten este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños.

Expresamente referí en la causa citada precedentemente que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos». Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres y niñas contra la violencia sexual. La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. En definitiva, y no obstante el valor desincriminante que pretende otorgarle la defensa a la ausencia en el acusado de este tipo de patologías vinculadas directamente con el aspecto sexual, lo cierto es que para el tribunal de juicio –más allá de los aspectos de la personalidad de Lago Prima que destacó, también con posible incidencia en la conducta sexual– ello no fue relevante en el análisis de la totalidad del plexo probatorio. Dicho de otra manera, la defensa concentra sus esfuerzos para otorgarle relevante a este elemento de juicio sin contrastarlo con el resto del plexo probatorio, razón por la cual corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido. En otro orden, alega que existen extremos, como el acceso carnal, que no están debidamente acreditados.

En este orden, la defensa sostiene que del informe del Programa Provincial de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez y Adolescencia se desprende que la niña refirió modalidades del hecho, tales como amordazamiento, como forma de viabilización del abuso por parte de Lago Arroyo, que no fueron refrendadas por los profesionales que intervinieron en la producción de la Cámara Gesell y la pericia de la menor, como así tampoco, fue indicado por la representante del Ministerio Público Fiscal o la parte querellante en sus alegatos, ni enunciado por el tribunal de juicio en sus fundamentos.

Entiendo que este agravio tampoco puede ser recibido. Ello en tanto las modalidades del abuso a CH.M. señaladas por la defensa no han conformado la hipótesis acusatoria y, por ello, no ha sido objeto de investigación en las presentes actuaciones.

No obstante ello, la defensa no explica de qué manera la supuesta manifestación de estas circunstancias del hecho por parte de la niña ante el referido organismo, y que no habrían sido reiteradas por aquélla en sede judicial, tendría incidencia en la credibilidad de su relato realizado mediante las garantías que proporciona el método de Cámara Gesell, y a la luz del plexo probatorio analizado.

En definitiva, considero que la valoración probatoria realizada por el tribunal de juicio se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en cuyo caso, la pieza fundamental para la reconstrucción histórica es el testimonio de la víctima. A ello, debe sumarse en el

caso en análisis la existencia de numerosos elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato.

c- Imposibilidad física de llevar adelante relaciones sexuales

c.- Por otro lado, y con relación a Mario David Lago Prima, la defensa destaca que el acusado prestó declaración indagatoria en la investigación penal preparatoria y en el debate, y en ambas oportunidades aseguró tener **imposibilidad física de llevar adelante relaciones sexuales** desde hacía varios años, siendo tal condición absoluta desde el año 2017.

Por otra parte, la defensa aclara que la impotencia sexual del acusado tiene su origen no sólo en su edad sino también por el consumo de medicamentos por las patologías que sufre. Agrega que, además, Lago Prima no podría ser autor de los hechos enrostrados ya que presenta lesiones en su rodilla y hombro, lo que junto a las otras enfermedades le impedirían el despliegue de la fuerza necesaria para someter a la niña al acto sexual sin consentimiento.

Resalta en este sentido que el acusado no podría sentarla en sus rodillas por el dolor que sufre a diario en esa zona de su cuerpo. Destaca que tales extremos se acreditan con el informe médico practicado por el Servicio Penitenciario de Mendoza, de donde se desprende que Lago Prima presenta hipertensión, artrosis y vértigo, como así también, se destaca los antecedentes de EPOC y artrosis. Del mismo modo, destaca que la prueba documental presentada por su asistido –estudios médicos, histórica clínica y medicamentos suministrados– corrobora tales extremos.

Cuestiona que el tribunal de sentencia considerara que la consulta médica realizada por el acusado por los problemas vinculados a la impotencia sexual y los estudios realizados en este sentido, fueron prueba preconstituida para desvincular a Mario Lago Prima de los hechos que se le atribuyen. Agrega que la testigo R. A., cónyuge del acusado, al prestar declaración testimonial confirmó la problemática sexual de Lago Prima y aclaró que ella lo incentivó a que consultara con médicos especialistas en el tema y lo acompañó al acusado en su primera consulta.

Entiendo estos agravios no pueden prosperar. Al respecto, el tribunal de sentencia abordó este tópico analizando la dinámica de los hechos, a partir de la cual concluyó –en razonamiento que comparto– que aun en la hipótesis sugerida por la defensa, ello no hubiese sido impedimento para perpetrar los hechos del modo en que acontecieron.

Así, sostuvo que «[c]laramente puede concluirse que ambos hechos no requieren de un esfuerzo físico que el imputado no pudiera realizar con sus supuestas dolencias, sólo subió a su falda y a una mesa a una niña de 11 años, la que incluso podía hacerlo por ella misma sin ayuda del imputado» (ver fundamentos, fs. 181 vta.). Del mismo modo, y con relación a la disfunción eréctil que sufriría el acusado y que le habría impedido acceder a la menor, el tribunal entendió que tal extremo no se encontraba debidamente acreditado por medio de prueba objetiva, lo que se desprendía de los estudios médicos realizados en este sentido y lo declarado por el Dr. Emanuel Biasiori, médico urólogo del acusado, quien aseguró que Lago Prima no tenía ningún impedimento orgánico y que se trataba de una percepción del paciente de no lograr una erección satisfactoria.

Al respecto, el sentenciante agregó que «[a] las evidencias médicas objetivas que permiten descartar la disfunción eréctil por una cuestión orgánica, debe agregarse otro elemento indiciario importante respecto a la falsedad de las manifestaciones del imputado sobre este extremo». En este sentido, el tribunal

destacó que si bien el acusado refirió que padecía estos problemas aproximadamente desde el año 2016, el referido profesional amén de no recordar desde cuándo tenía este problema, aseguró que la primera consulta fue realizada el día 10 de mayo del 2019, lo cual también se desprende de la documentación acompañada a fs. 379/381. Entendió el sentenciante al respecto que «[l]a primer[a] consulta llamativamente fue realizada años después de manifestarse esta incapacidad de general importancia para los hombres, y lo más llamativo aún, días después de haberse formulado la denuncia» (ver fundamentos, fs. 182).

En otro orden, la defensa cuestiona que el tribunal de sentencia descreyera del relato del acusado, en cuanto aseguró que su jornada laboral además de incluir su trabajo formal de lunes a viernes, abarca prestaciones los fines de semana. Explica que su asistido declaró que esta situación laboral lo obliga a estar fuera de su casa todos los días, principalmente en horarios de mañana, mediodía y tarde, y que hace changas los fines de semana. Aclaró, conforme a lo descripto, que Lago Prima estuvo fuera de su casa en los días y horarios que se describen en la acusación. Además, asegura que la jornada laboral del acusado fue confirmada por el testigo D. H. M., quien refirió que contrató al acusado durante los años 2016 y 2018 para realizar trabajos de reparación en su vivienda. Entiendo que tampoco pueden prosperar los argumentos expresados por la defensa en este sentido.

Al respecto, el sentenciante adecuadamente entendió que no existía ningún elemento objetivo que permita sostener seriamente que Lago Prima no se encontraba en su casa los fines de semana en los horarios en que se produjeron los abusos.

A ello, agregó que «[r]esulta enfrentado con toda razonabilidad sostener que esto fue así durante un año, en la totalidad de los días de los jueves a domingo».

En este sentido, y con relación al testimonio brindado por Daniel Millán, el sentenciante destacó que el testigo manifestó que contrató al acusado durante los fines de semana, entre los años 2016 y 2018, pero aclaró que «[...] no fueron muchos los fines de semana, tres veces». Con base a estos elementos el tribunal sostuvo que las «changas» que realizaba el acusado eran ocasionales.

Por ello, concluyó –acertadamente a mi criterio– que los argumentos esgrimidos por la defensa debían ser descartados como un obstáculo para la realización de los hechos endilgados (ver fundamentos, fs. 182).

Por otro lado, y en atención a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo. En este sentido, y tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa,

referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria» (de mi voto en el referido precedente **«Ruiz Gutiérrez»**).

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidación– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

d- Errónea aplicación del derecho de fondo

d.- La defensa técnica esgrime como vicio sustancial que el juez de sentencia ha efectuado una errónea aplicación del derecho de fondo, en tanto considera, con base a los argumentos ya analizados, que la conducta de los acusados no resulta alcanzada por el tipo agravado previsto en el art. 119 tercer párrafo del CP.

Entiendo que los argumentos del recurrente no pueden ser recibidos. Ello en tanto se advierte que el agravio sustancial encuentra sustento en una modificación de la plataforma fáctica – parcial en el caso de Lago Prima– sobre la que se asienta la calificación legal.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «[e]l recurrente debe **ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos**. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el **vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada**, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

Esta postura ha sido reiterada en numerosas ocasiones por esta Sala con su actual integración (**ver «Navarro Moreno», «Merlo Donaire», entre otros**). Por las razones expuestas, corresponde desestimar los planteos realizados en este sentido.

e- Pena

e- El recurrente además de sostener, con base al cambio de calificación legal propiciado, que las penas impuestas a los acusados resultaron desproporcionadas a los hechos cometidos –lo que de acuerdo a la solución arribada en el punto anterior debe desestimarse–, también cuestiona el proceso seguido por el tribunal sentenciante en la determinación del quantum de penalidad determinado, en particular con relación al acusado Mario Lago Prima.

En este sentido, entiende que la pena aplicada a Lago Prima es groseramente lesiva del principio de culpabilidad, si se contrastan los hechos y encuadre legal enrostrados a Fernando Lago Arroyo, a quien se le atribuye abusos agravados por acceso carnal en un número indeterminado de hechos, en tanto el primero sólo resultó condenado por dos hechos de esta naturaleza en concurso real con hechos que implicaron simples tocamientos.

Manifiesta con relación a la pena impuesta a Mario Lago Prima que el tribunal de juicio se aparta de los parámetros impuestos en los arts. 40 y 41 del CP, en tanto el acusado no presenta antecedentes, ostenta arraigo familiar y laboral.

Agrega que tampoco se consideró su edad longeva y las patologías concomitantes que ponen en peligro su integridad física en el contexto de encierro.

A mi modo de ver, estos agravios tampoco pueden prosperar en tanto considero que el tribunal de la instancia anterior ha brindado suficientes y adecuadas razones para situar las sanciones en los montos aplicados. En este punto, debe considerarse que el sentenciante atribuyó al acusado Mario David Lago Prima la pena de catorce años de prisión y a Fernando Lago Arroyo la pena de quince a años de prisión.

Para la determinación de estos montos tuvo en consideración la culpabilidad de los acusados en los reiterados hechos de abuso por los que resultaron condenados, los que consideró de gravedad, en especial, por tratarse la víctima de una menor de edad.

Así, para justificar el monto aplicado, consideró la naturaleza de las acciones desplegadas, los peligros ocasionados, la calidad de las personas involucradas y el daño producido a la víctima.

De esta manera se valoró como agravante la corta edad de la víctima, lo que le produjo una alteración en su normal desarrollo y un grave daño psíquico como consecuencia del trauma vivido, lo que la llevo a tener ideas suicidas y de autolesión.

Ponderó también como circunstancia agravante, y a efectos de determinar la gravedad del injusto, la cantidad de hechos de los que fue víctima la niña por parte de ambos acusados.

A su vez valoró como circunstancia atenuante para ambos acusados, la falta de antecedentes, lo que –a criterio del sentenciante– atenuaba la situación de los acusados desde el punto de vista de la necesidad preventivo especial de imposición de pena, en tanto no estuvieron antes sometidos a la ejecución de una pena que demuestre su fracaso en su intento de evitar su reincidencia.

En razón de lo expuesto, estimo que el juzgador ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución justa.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los ocho y los cincuenta años de prisión, las penas impuestas se encuentran comprendidas dentro del primer tercio de ella, brindando el sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse del mínimo.

Con lo cual, si bien no surge expresamente que en el caso de Lago Prima haya valorado como atenuante los problemas de salud y su edad, la defensa no explica de qué manera tales aspectos pudieran incidir significativamente en la determinación de la sanción aplicable, máxime cuando ella se encuentra, como lo sostuve anteriormente, lo suficientemente alejada del máximo legal correspondiente.

Por otro lado, el tribunal sentenciante justificó, también de manera adecuada, los diferentes montos de pena atribuidos a los acusados.

En este orden señaló, «[...] la diferencia en la pena impuesta a los imputados en la mayor cantidad de hechos de abuso sexual agravado por acceso carnal que le atribuyen a Fernando Exequiel Lago» (ver fundamentos, fs. 185 vta.).

Así, de la lectura de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o meramente dogmática, sino que el juez ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante del Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba cuando se juzga –como en autos– delitos sexuales cometidos contra una víctima menor de edad, me remito a lo oportunamente señalado en «**Ojeda Pérez**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**Gómez Ayala**», «**Porcel Valero**», «**Molina**», «**Villegas Calabreto**», «**Mamani Calla**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mario David Lago Prima y Fernando Exequiel Lago Arroyo y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.352, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

56- CHARRON. 29-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										
VG	Par	-	-	IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcCP.pdf

Lex: Art. 239, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, art. 142, inc. 1°, art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. d), y art. 55, 92 en función del art. 80 inc. 1° y 11°, 89, 149 bis, 2° párrafo del CP

Vox: VG. Desobediencia a una orden de autoridad judicial. Amenazas agravadas. Arma. Privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Arma. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Pareja. Violencia de género. Amenazas coactivas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años y seis meses de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término por resultar autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden de autoridad judicial, amenazas agravadas por el uso de arma, privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia y abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en concurso real (arts. 45, 239, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, art. 142, inciso primero, art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inciso d), último supuesto y art. 55, todos del CP) –en autos N° P29.673/18) y del delito de lesiones leves dolosas calificadas por mediar relación de pareja y violencia de género en concurso real con amenazas coactivas (art. 45, art. 92 en función del art. 80 inciso 1 y 11 y art. 89, art. 149 bis, segundo párrafo y art. 55, todos del CP) –en autos acumulados N° P-152.498/17–.

La **defensa** interpone recurso de casación *in formae pauperis*.

El **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 463/465).

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto *in pauperis* por el condenado J. D. C. P. y encausado jurídicamente por la defensa oficial y confirmar la sentencia N° 279 emanada del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 279, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio.17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

- Concha, Jesús. 20-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-05717079-9/1((018602-29673)) FC/ C. P. P/ DESOBEDIENCIA, AMENAZAS AGRAVADAS... (29673) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105901862*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05717079-9/1, caratulada **“F. C/ C. .P. S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. PEDRO. J. LLORENTE.

La defensa oficial encausa jurídicamente el recurso de casación interpuesto in pauperis por el condenado J. D.C. P. (véase fs. 447/455 vta.) contra la sentencia N° 279 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena nueve años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por igual término por resultar autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden de autoridad judicial, amenazas agravadas por el uso de arma, privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia y abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en concurso real (arts. 45, 239, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, art. 142, inciso primero, art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inciso d), último supuesto y art. 55, todos del CP) –en autos N° P29.673/18) y del delito de lesiones leves dolosas calificadas por mediar relación de pareja y violencia de género en concurso real con amenazas coactivas (art. 45, art. 92 en función del art. 80 inciso 1 y 11 y art. 89, art. 149 bis, segundo párrafo y art. 55, todos del CP) –en autos acumulados N° P-152.498/17–.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 06 de noviembre de 2017 siendo las 02:30 hs. en el domicilio ubicado en y de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, J. D. C., previo discutir con la víctima [M.C.L.], le pegó una piña en la cara, por lo que la misma cayó al suelo, le pegó patadas y la levantó de los pelos y la llevó al baño, trató de meterle la cabeza a un balde de agua sin lograrlo por la resistencia de la víctima. Seguidamente la tomó del pelo, la levantó del piso, la agarró del cuello y le manifestó ‘vos te vas de acá y me ponés la denuncia y yo mando gente para que te mate los guachos culiados de tus hijos, al más grande te lo mando a matar y antes le van a romper el culo, igual que a la guacha culiada de tu hija más chica, le van a romper el orto’ ‘tengo acá cincuenta mil pesos, se los voy a dar a unos tipos para que te maten a todos tus hijos’, causando temor fundado en la víctima.

Posteriormente se descuidó el sindicado y la víctima pudo escapar del lugar. Las lesiones constatadas fueron hematoma en labio inferior derecho, erosión de 0.5 cm en mucosa labial superior derecha y placa

equimótica excoriativa de 15 cm x 7 cm en mucosa labial superior derecha y placa equimótica excoriativa de 15 cm x 7 cm en cara interna de antebrazo izquierdo tercio medio e inferior provocando un tiempo probable de curación menor a un mes» (autos N° P-152.498/17). Por su parte, en el marco de los autos N° P-29.673/18, el juez sentenciante tuvo por acreditado con el mismo grado de certeza que «el día 8 de abril de 2018 siendo las 3:00 hs., J. D. C. ingresó a su domicilio ubicado en Barrio 2 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, junto con su pareja [M.C.L.], de quien tenía una prohibición de acercamiento ordenado por el Noveno Juzgado de Familia de Las Heras en los autos 2244/17 encontrándose debidamente notificado en fecha 06 de diciembre de 2017. Allí cerró la puerta con llave y le manifestó a [M.C.L.] ‘te las vas a pasar en salas velatorias, velando a toda tu familia porque los voy a matar’, por lo que la víctima se dirigió hasta la habitación momentos en que C. comenzó a propinarle golpes en la cara y en los brazos mientras le manifestaba ‘vos no me vas a dejar, no te voy a permitir que me dejes, ahora vas a saber con quién te metiste’ una vez que la víctima cayó al piso continuó propinándole patadas ocasionando excoriación lineal de 3 cm en región frontal, equimosis de 10 x 12 cm en cara posterior de brazo derecho, equimosis violácea de 5 x 6 cm en cara anterior de brazo derecho; equimosis violácea redondeada de 4 x 3 cm en cara posterior de hombro derecho y tumefacción dolorosa en región parieto occipital derecha».

«Allí la llevó hasta la habitación y le manifestó ‘vos no entendés que me tenés que tener miedo y tenés que respetar quién soy yo’, momento en que el encartado tomó un cuchillo con mango de madera hoja lisa de 30 cm y apoyándolo en el cuello a [M.C.L.] le manifestó ‘te voy a matar a vos, vos me tenés que tener miedo, yo si quiero te puedo matar ya’ posteriormente apoyándolo en el rostro de la víctima le indicó ‘yo soy tu macho, yo soy tu hombre y vos me vas a respetar y como sos una calentona yo te voy a enfriar’.

Posteriormente la llevó hasta el patio de la vivienda y le volcó baldes de agua fría exigiéndole que se sacara toda la ropa, teniéndola desnuda hasta las cinco de la mañana, hasta que se dirigió hasta la cocina oportunidad en que la víctima se dirigió hasta la habitación del compañero de casa de su pareja NN y/o Á. pidiendo ayuda, circunstancia en que NN y/o Á. omitió ayudarla indicando ‘es problema de pareja, salí de la habitación’. Una vez que J. D. C. la vio le manifestó ‘quedate calladita que nadie te va a ayudar, sino te vamos a coger con el Á. y ahí vas a ver lo lindo que es’, luego la llevó hasta la habitación siendo ya las 06:00 hs. aproximadamente se arrodilló en la cama, le introdujo los dedos en la vagina y tocándole los pechos, tomó el cuchillo y apoyándolo en el cuello de [M.C.L.] comenzó a ejercer fuerza en sus piernas para abrirlas y así penetrarla con su pene vaginalmente, mientras la víctima le decía que no, J. D. C. manifestaba que más le gustaba. Finalmente, la víctima pudo escapar el día 08 de abril de 2018 a las 09:30 hs. de la mañana aproximadamente».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones de M.C.L., A. C., A. R., A. Z. y C. A.; el informe practicado por el E.De.A.A.S., el descargo del acusado, así como los informes físicos y psíquicos practicados a la víctima y al imputado. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone su recurso de casación de conformidad con lo dispuesto por el art. 474 del CPP. Ello, en tanto se agravia al entender que no se encuentra acreditado el abuso sexual con acceso carnal por el que fuera condenado C. P..

En esta línea, sostiene que la denunciante mintió respecto de la existencia de la agresión sexual.

Para arribar a esta conclusión se basa en las contradicciones que presentaría su relato en sede de debate, respecto del brindado durante la instrucción de la causa. A su vez, se apoya en el informe del E.De.A.A.S, así como en el contenido de las declaraciones de la Lic. Cucchi y la Lic. Riveros.

El recurrente finaliza su argumentación poniendo de relieve que no existen corroboraciones periféricas objetivas que avalen la credibilidad del testimonio de M.C.L..

Por ende, la mendacidad del testimonio de la víctima, sumado a la orfandad probatoria que verifique la materialidad del hecho, debería conducir a la absolución por este delito del acusado con base en el principio in dubio pro reo.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 463/465).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad parcial de la sentencia respecto del delito de abuso sexual con acceso carnal.

En concreto, sostiene que la defensa pretende una nueva valoración parcial del plexo probatorio e intenta desvirtuar la entidad de pruebas testimoniales –en especial la declaración de la víctima–.

Agrega que el juez analizó minuciosa y exhaustivamente el testimonio de la víctima, una de las principales pruebas de la existencia del abuso sexual con acceso carnal.

A ello se suma una cantidad de datos periféricos que acompañan su narración junto con el correlato emocional que narraron sus hijos.

Finalmente, pone de relieve la constatación de las lesiones sufridas por la víctima a fs. 43, el contenido del informe del E.De.A.A.S., y los testimonios de la Lic. Cucchi y la Lic. Riveros, elementos que darían cuenta de la agresión sexual y que permitirían explicar los matices en el testimonio de la víctima.

Concluye que no puede sostenerse que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente motivada o que esta sea ilógica, por lo que los planteos defensivos no deben prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

La defensa critica con especial énfasis el testimonio de M.C.L., el cual sería, según su visión de los hechos, la única prueba de cargo que sustentaría la acusación por abuso sexual con acceso carnal. Este testimonio es calificado por el recurrente como mendaz.

A ello se agrega que no existe prueba periférica objetiva que avale los dichos de la denunciante. La falta de veracidad del testimonio de la víctima es derivada a partir de discordancias en su declaración en el debate respecto de la realizada en sede de instrucción.

En particular, se señala que M.C.L. expresó en la audiencia oral que estuvo con J. C. en contra de su voluntad debido a las graves coacciones que el condenado ejerció sobre ella; sin embargo, nada de esto aparece en su denuncia ni en las entrevistas con el E.De.A.A.S.

Por otra parte, explica que del informe del E.De.A.A.S. no surgen indicadores de estrés postraumático y se pone de relieve que el relato sería por momentos confuso y desordenado –respecto del abuso sexual– brindándose escasos detalles del hecho. Agrega que la Lic. Cucchi expresó que era un relato difícil de entender, con fallas en la lógica y pocos detalles en lo que hace al abuso sexual a diferencia del maltrato físico y las amenazas.

En el mismo sentido se expresó la Lic. Riveros.

Finalmente, la defensa sostiene que no existen corroboraciones periféricas que avalen la versión de los hechos de la víctima. Bien, dicho esto, en primer término, no debe perderse de vista que los dichos de la mujer que denuncia ser víctima en casos en los que se ha menoscabado su integridad sexual, adquieren un especial protagonismo.

Ello en tanto, por un lado, tales agresiones en muchas ocasiones se producen en contextos de intimidad; y, por otro lado, se trata de hechos que tienen como víctima a la mujer en una relación de desigualdad con el autor varón. Todo ello supone, de este modo, analizar cada una de las pruebas obrante en la causa con la debida perspectiva de género.

Así lo he sostenido en diversos precedentes, donde precisé los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género. Entre ellos, y en lo que resulta aplicable al presente caso, me remito al desarrollo realizado en **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**, **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»** y **«Vázquez Tumbarello»**, entre otros. En el caso sometido a decisión, tener en cuenta las consideraciones anteriores implica considerar la relación de asimetría que existe entre autor y víctima, la cual se encuentra verificada en el caso de autos, principalmente, con base en la constatación de las lesiones por los facultativos del Cuerpo Médico Forense, así como el examen físico realizado por la Dra. Azcurra y los indicadores de riesgo detectados por la Lic. Zalazar en su examen, a saber, acoso, amenaza de muerte con un cuchillo, violencia física grave con golpes de puño y patadas, conductas controladoras y la aguda vulnerabilidad de la víctima.

Esta asimetría de poder verifica, tal como reconoce el informe del E.De.A.A.S y la declaración de la Lic. Lisandrello, la violencia de género que subyace al estado de sometimiento. Y, a su vez, este último profesional explica los matices en la declaración de la víctima.

Si bien es cierto que según este informe no se encontraron indicadores de estrés postraumático, no es menos cierto que esta circunstancia no implica, por sí misma, la mendacidad del relato.

Así, a una víctima de agresión sexual que a su vez es víctima de violencia de género, no se le puede exigir un relato lineal y perfecto, pues ello implicaría desconocer el golpe emocional y psicológico que tales hechos implican para la memoria y la vida de la persona.

Ello explica que el relato haya sido en algunos momentos amplio y en otros desordenado, tal como refirió el tribunal de juicio en los fundamentos de la sentencia puesta en tela de juicio.

Por otra parte, el tramo de la argumentación del recurrente que se apoya en las declaraciones de la Lic. Cuchi y la Lic. Riveros no consigue lo que se propone, esto es, quitarle veracidad al testimonio de la víctima.

Respecto del análisis de la primera, si bien es cierto que la opinión de la profesional nombrada expresó que el relato de la víctima era difícil de entender y tenía fallas en la lógica, con pocos detalles en lo que hace al abuso sexual –a diferencia de lo que hace al maltrato físico y las amenazas– no es menos cierto, frente a estas afirmaciones, que aclaró que aquéllo podía tener que ver con su personalidad y no implicaba necesariamente que fuera un invento, vinculándose con los escasos recursos y dificultades que tiene para ordenar sus ideas y sentimientos.

El juez de la instancia anterior agregó que aquella falta de detalles, si bien podía deberse –en términos generales– a que alguien mienta, no era suficiente para hacer decaer el peso probatorio del relato de la víctima, pues no fue detectada intencionalidad ganancial alguna, es decir, un beneficio concreto a raíz de la denuncia o una influencia externa.

De ese modo, coincidió con la explicación de la Lic. Cucchi respecto de que la ausencia de detalles se debe a una dificultad personal para transmitir sus vivencias, basado posiblemente en maltratos previos y privaciones afectivas.

En la misma línea, la Lic. Riveros calificó el relato de M.C.L. como desordenado, confuso y con falta de detalles. Pero, frente a esta descripción inicial, explicó inmediatamente que el relato era coherente con la forma de funcionar de la víctima, con ambivalencias en su modo de vinculación y consistente con su funcionamiento psíquico.

Agregó que, en el caso de la agresión sexual, pudo haber puntos ciegos relacionados con conflictos de ella, lo que tiene que ver con «cómo opera la violencia en el psiquismo que le dificultan un relato menos confuso».

Finalmente, cabe decir que en ningún momento la defensa propone una aproximación a los elementos de prueba que se apoye en la perspectiva de género que, como dije, necesariamente debe atravesar el análisis de estos casos.

De este modo, no es posible validar su visión de los hechos. Más aún, cuando existen corroboraciones periféricas objetivas tanto de la violencia de género, como de la materialidad del abuso. Respecto de aquella, a los informes del EDeAAS y las declaraciones de la Lic. Cucchi y la Lic. Riveros, se suma el marco de violencia física, psíquica y lesiones constatadas que sufrió M.C.L.

La defensa oficial ha decidido no cuestionar estos hechos, concentrándose exclusivamente en la prueba de la materialidad del abuso. Y, relacionado con la prueba de este último, además del testimonio de M.C.L. el cual, como he expresado, resulta creíble y, además, ha sido correctamente colocado por el tribunal de juicio en un lugar central de su razonamiento, me parece importante no perder de vista el contenido del testimonio de los hijos de la pareja, quienes –tal como afirma el juez en los fundamentos de la sentencia a fs. 402 vta.– «indicaron que su madre había tenido una relación sexual sin consentimiento o que la habían violado en palabras de K.».

Particularmente, debe señalarse que el juez subrayó, respecto de la prueba del abuso sexual un tramo de la declaración de K., quien expresó que su madre le contó que el acusado la tomó por la fuerza y le dijo

que iba a tener relaciones con ella mientras la tenía amenazada con un cuchillo. Por su parte, su otro hijo F. declaró que «la acompañó [a su madre] a radicar la denuncia, que tenía los brazos moreteados y la boca lastimada.

Agregó que al principio no quería radicar la denuncia por las amenazas recibidas ya que tenía mucho miedo que le volviera a pegar y que le pasara algo a sus hijos y nietos» (véase fs. 413 vta.).

Con base en las consideraciones precedentes, al no verificarse los vicios que atribuye la defensa a la sentencia que cuestiona, estimo que corresponde rechazar el recurso promovido y, en razón de ello, debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. J.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros), a los que me remito en lo pertinente. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto in pauperis por el condenado J. D. C. P. y encausado jurídicamente por la defensa oficial y confirmar la sentencia N° 279 emanada del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo IV.

Delitos contra la libertad.

Amenazas.

CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.

1- DIAZ LOPEZ. 12-02-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	-	PCC IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210212_FcDiaz.pdf

Lex: Art. 144 bis inc. 2° del CP. Ley 4087 y 9041. Ley 6722. Arts. 206 y 409 del CPP.

Vox: Vejaciones. Legítima defensa. Policía. Funcionario Público. Inhabilitación especial.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a dos años de prisión en suspenso conjuntamente con la de cuatro años de inhabilitación especial para el desempeño de la función pública, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de vejaciones (art. 144 bis inc. 2° del CP). Se hizo lugar a la demanda civil instada por Orlando Díaz García en contra del acusado y del Gobierno de la Provincia de Mendoza,

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 123, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

Doctrina citada.

DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial", T:1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 178.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Dra. Day.

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04489915-3/1((018602-28158)) FC/ DIAZ LOPEZ PABLO ARIEL, LOYOLA JUAREZ DANIEL, ROSSI GABRIEL TULIO Y PESALACHE ZULEMA MARIANA P/ VEJACIONES (28158) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104571268*

En Mendoza, a los doce días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04489915-3/1 caratulada "FC/ DIAZ LOPEZ, PABLO ARIEL, LOYOLA JUAREZ, DANIEL; ROSSI, GABRIEL TULIO Y PESALACHE SUÑER, ZULEMA MARIANA P/VEJACIONES S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el, DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero la DRA. M. TERESA DAY.

La defensa del imputado Gabriel Tulio Rossi interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 123 (fs. 871/872) y sus fundamentos (fs. 873/883 vta.), mediante la cual se condena al nombrado a la pena de dos años de prisión en suspenso conjuntamente con la de cuatro años de inhabilitación especial para el desempeño de la función pública, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de vejaciones (art. 144 bis inc. 2° del CP) que se le atribuye en el marco de los autos N° P-28.158/06.

Asimismo, se hizo lugar a la demanda civil instada por Orlando Díaz García en contra del acusado y del Gobierno de la Provincia de Mendoza, condenando a los demandados en forma concurrente a pagar al actor la suma de pesos ciento dos mil (\$ 102.000), con más los intereses de la ley 4.087 desde la fecha del hecho hasta el 01/01/2018, y, a partir de allí, los determinados en la ley 9.041, hasta su efectivo pago.

El pronunciamiento atacado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en sala unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia establece, en lo que aquí concierne que «[...] en fecha 22 de marzo de 2.006, siendo aproximadamente las 04:45 hs., Orlando Díaz se encontraba en calle Sarmiento de Godoy Cruz cuando sufrió un ataque de epilepsia. En ese momento se hicieron presentes los móviles N° 1544 y 1545 aparentemente por un llamado telefónico de algún vecino. Seguidamente y tras interrogar la policía a Díaz, quien se molestó y este comenzó a inferir insultos a los ocupantes de los móviles y por tal actitud fue que, Díaz recibió dos balazos con postas de goma y agresiones físicas que hicieron que este cayera al suelo sin poder reincorporarse ya que la víctima en autos se ayudaba con una muleta para caminar. Una

vez que Díaz se encontraba en el suelo, los testigos apuntaron a que los efectivos se burlaban y se reían de que Díaz no podía levantarse, propinándole, además, puntapiés» (ver fundamentos, fs. 874 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones testimoniales de Orlando Díaz García, Rubén Omar Martínez, Marta Elena Rojas y Gladys Beatriz Guevara, así como la pericia médica practicada a la víctima de fs. 435/436 y las fotografías incorporadas durante el debate a instancias de la querrela.

2.- Recurso de casación

El defensor del acusado Gabriel Tulio Rossi impugna la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por entender que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Desde el plano de lo que suponen los vicios formales, sostiene que la sentencia recurrida adolece de graves irregularidades que ocasionan su nulidad en los términos del art. 416 inc. 4 de la ley ritual.

Refiere que la fundamentación del fallo cuestionado no resulta suficiente pues contiene proposiciones contradictorias y, además, se aparta palmariamente de las reglas de la sana crítica racional al valorar la totalidad de la prueba sobre la base de criterios subjetivos y parcializados del sentenciante.

Examina el testimonio de Silvia Liliana Parodi y considera que sus dichos han sido arbitrariamente valorados, desde que su correcta interpretación desacredita todas las conjeturas incriminatorias elaboradas por el tribunal a quo en lo que hace a la materialidad del hecho investigado y la participación en el mismo que se le atribuyó a su pupilo.

Refiere que la exposición más trascendente de esta testigo clave del hecho consta en las dos llamadas telefónicas que Parodi efectuó al Centro de Operaciones Policiales, y repara en que sus transcripciones permiten observar que la testigo describió los sucesos del mismo modo en que lo hicieron los imputados a lo largo del proceso.

Expresa que el contenido de esas comunicaciones fue confirmado por la dicente en su declaración prestada durante la investigación (fs. 979), cuando reiteró que observó a Orlando Díaz en un aparente estado de ebriedad produciendo disturbios a los transeúntes y conductores que se desplazaban por la calle, además de visualizarlo persiguiendo a los efectivos policiales con un palo para luego golpear la movilidad policial, previamente a que la actuante femenina le disparara.

Entiende que el testimonio de Orlando Díaz –víctima– también ha sido valorado de modo arbitrario, ya que sus dichos no se sostienen en los restantes elementos probatorios que acompañan la causa. Por un lado, señala omisiones en su declaración, dado que no dijo que previamente a la intervención policial, él se encontraba con un palo amenazando a los transeúntes; extremo que –a criterio del casacionista– quedó acreditado con el primero de los dos llamados telefónicos realizados por Parodi al Centro de Operaciones Policiales alertando de esa situación.

Por otro lado, en el afán de restarle mérito convictivo a esa declaración, también advierte que su relato se contradice con las manifestaciones efectuadas por esa misma testigo –Parodi– cuando realizó su segundo llamado.

De ese confornte refiere que Díaz dijo que apenas arribó el personal policial al lugar, uno de los uniformados –sin mediar palabra ni motivo– le apuntó a su cabeza y le disparó en dos oportunidades con

una itaka, a una distancia de cincuenta centímetros, y que luego éste decidió defenderse del ataque a través de golpes a movilidad oficial. Ahora bien, señala que el desgrabado de esta segunda comunicación acredita una secuencia inversa, ya que –según Parodi– fue Díaz el que persiguió con un palo al personal policial, y que éstos se refugiaron detrás del móvil, y luego, cuando quiso agredirlos físicamente, se produjo el disparo.

Cuestiona la utilización de criterios diferenciales en la sentencia para valorar la credibilidad de las declaraciones prestadas por los imputados y de la víctima.

Sobre este punto, se queja de que mientras el a quo le niega credibilidad a los dichos de Rossi, al interpretar que los hechos no pudieron suceder del modo en que el dicente los narró en su indagatoria dado, principalmente, por la falta de lesiones en su compañera Pesalache como consecuencia de la dispersión de los perdigones de goma y la distancia a la que supuestamente se encontraba.

No hizo lo propio con la declaración de la víctima siendo que, si bien dijo que los dos disparos fueron dirigidos hacia su pecho desde una distancia de cincuenta centímetros, lo cierto es que un disparo a esa distancia sería mortal o, cuanto menos, impediría que su destinatario pueda levantarse y continuar con una conducta agresiva.

A ello agrega que cada cartucho contiene entre 14 a 16 perdigones de goma, lo que implicaría que, según la versión de la víctima, Díaz tendría que haber presentado en su cuerpo entre 28 a 32 marcas de heridas corto punzantes por impacto directo.

Esto se contrapone no sólo con las imágenes que aparecen en las fotografías aportadas al debate por la hermana de la víctima, sino también con la historia clínica y a la pericia médica practicada a Orlando Díaz, instrumentos que acreditan la existencia de dos escoriaciones producto de rozamiento por perdigones: una en abdomen y otra en tórax, con un tiempo probable de curación inferior a los treinta días.

Elementos que ratifican la versión de Rossi cuando éste dijo que el disparo fue de perfil y no directo, y desvirtúan la declaración de la víctima y el razonamiento del a quo.

En relación al móvil de la ejecución de los disparos, considera que es absurdo interpretar –como lo hace la sentencia– que el acusado le disparó a Díaz sólo porque éste lo trató mal.

Al respecto, el recurrente se refiere a la trayectoria de su defendido dentro de las fuerzas de seguridad, además de la falta de antecedentes penales, aspectos que –a su criterio– impiden asignarle al acusado un comportamiento como el que aquí se le atribuye.

En esta línea confronta la inexistencia de pericia que demuestre que Rossi presentara una personalidad relacionada con una baja tolerancia a la frustración, o que se trate de una persona violenta o irreflexiva. Por el contrario, el examen psicológico efectuado a Díaz en marco de los autos N° P28546/06 – incorporados a la causa en carácter de A.E.V.– lo describe como un sujeto violento, sin capacidad de controlar sus impulsos, aspectos que se agravan ante la ingesta de alcohol, sugiriendo la inclusión dentro del **inc. 1 del art. 34 del CP**.

Vincula ese aspecto de su personalidad con la entidad de los daños ocasionados por Díaz a la movilidad policial con su muleta, la que –según sus propios dichos– fue construida por el mismo con caño galvanizado. Calidad que también fue observada por la testigo Parodi cuando describió los

acontecimientos en su primera comunicación telefónica con el Centro de Operaciones Policiales, alertando de un comportamiento agresivo de aquel. Aspecto que también ha sido omitido en la sentencia.

En virtud de estos argumentos, estima que ha resultado demostrado en autos que la actividad desplegada por Rossi tuvo por fin proteger la vida y/o la integridad física de su compañera – Pesalache– de una agresión ilegítima e infundada de Díaz.

Para ello, primero efectuó un disparo disuasivo –al aire– con su arma reglamentaria cargada con postas de goma y, luego, advirtiendo que aquel no deponía su actitud, realizó un segundo disparo hacia las manos, logrando impactar en una de ellas y provocando –por rozamiento– escoriaciones en tórax y abdomen.

Desde el plano de lo que suponen los vicios sustanciales alegados, el recurrente estima que las inobservancias alegadas en el tramo dedicado a los agravios formales, determinan –también– un error en la calificación legal dada a los hechos en la sentencia.

Así, considera que el comportamiento de Rossi no sólo no puede ser encuadrado dentro del delito de lesiones, porque Díaz nunca estuvo detenido, ni aprehendido, ni privado de su libertad hasta después del disparo. Sino tampoco dentro de los márgenes de las lesiones leves agravadas por la función pública, conforme lo solicitó el representante del Ministerio Público Fiscal al concretar la acusación, puesto que, si bien ésta aparecería como la calificación legal correcta, la conducta de su pupilo luce justificada a los términos del **art. 34 inc. 6 del CP**, es decir, por haber obrado en legítima defensa de la vida y la integridad física de su compañera Pesalache.

Por todo ello, solicita que este Cuerpo case el pronunciamiento en crisis y disponga la absolución del acusado; o, en su defecto, anule la sentencia y proceda al reenvío de los presentes al subrogante legal. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 938/940 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por el recurrente y de señalar que el recurso de casación procede formalmente, considera que no resulta sustancialmente procedente.

En cuanto al punto de agravio por el que la defensa cuestiona la labor de valoración de los elementos probatorios, refiere que sólo se trata de una discrepancia personal del recurrente con la finalidad de beneficiar a su pupilo.

Destaca que no existe defecto de motivación alguno, por lo que la supuesta arbitrariedad aludida por el quejoso por falta de fundamentación suficiente, omisión de valoración de prueba y apartamiento de las reglas de la sana crítica racional, no se visualizan en el pronunciamiento impugnado.

Expresa que el juzgador estimó que las manifestaciones de la víctima lucían veraces, además de coherentes y desprovistas de móviles espurios para guiar la acusación.

Afirma que el tribunal de juicio valoró la totalidad de la prueba recabada, y analizó las contradicciones advertidas por las partes en su relato, ofreciendo sobre ellas explicaciones satisfactorias.

Además de ello, refiere que su versión de los hechos se halla sostenida en prueba objetiva, entre la que destaca los informes que dan cuenta de las lesiones constatadas en su cuerpo. Acerca de los

cuestionamientos casatorios en orden al resto de los testimonios recogidos, sostiene que el sentenciante explica los motivos por los que se considera que la versión de imputados no encontraba apoyo en el resto de la prueba incorporada; así como que es un indicio de mala justificación del imputado Rossi cuando negó haber advertido alguna deficiencia física en Díaz cuando –según su versión– iba corriendo para pegarles, siendo que resultó demostrado que había padecido un ataque de epilepsia y, además, que tiene una discapacidad debido al acortamiento de su miembro inferior izquierdo (mayor a cinco centímetros), unido a que en la rodilla de esa pierna presenta semiflexión permanente.

Manifiesta que también el a quo tuvo en cuenta y valoró la declaración de Parodi – incorporada al debate por lectura–, explicando los motivos por los que consideraba que sus manifestaciones se contraponían con otros elementos objetivos, lo que la debilitaban como elemento de convicción.

Puntualiza en que el tribunal de juicio concluyó no era posible reconocer una situación de agresión ilegítima de la víctima que autorizara el uso de arma de fuego, ni tampoco resultaba razonable el ejercicio de la fuerza desplegada sobre Díaz, ya que no era prudente pensar que dos policías en buenas condiciones físicas no podrían evitar la embestida de una persona con las deficiencias físicas descritas.

Acerca de los cuestionamientos sobre la calificación legal, considera que el sentenciante fundó sólidamente sus conclusiones, al juzgar que la conducta desplegada por el imputado encuadra en el delito de vejaciones, dado que incurrió en un trato humillante que mortificó moralmente a la persona que se encontraba bajo la relación del poder policial, provocando una limitación de su poder de decisión y de su libertad individual.

También estima acertados los argumentos dados en la sentencia para descartar la pretensión defensiva de considerar que el incuso había actuado en legítima defensa de un tercero.

Particularmente cuando la sentencia repara en que, dadas las condiciones físicas de Díaz, sumado al ataque epiléptico que había sufrido, se descartaba una acción lo suficientemente agresiva y grave hacia el personal policial.

A lo que agrega que también el a quo valoró que el encartado excedió los límites de la razonabilidad y gradualidad que guían la actuación policial.

En definitiva, y por las razones señaladas, entiende que no debe hacerse lugar al recurso de casación en análisis, correspondiendo convalidar la sentencia atacada en su totalidad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados por los recurrentes. Paso a explicarlo.

a. Vicios in procedendo.

Consideraciones en orden a la valoración de la prueba cuestionada por la defensa.

Como agravio casatorio central, el recurrente plantea que el tribunal de grado valoró en forma arbitraria el material probatorio obtenido en el proceso pues, según afirma en su recurso, los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar al dictado de una sentencia condenatoria.

En ese sentido, sostiene que la sentencia aquí impugnada no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, en tanto el tribunal de mérito omitió valorar prueba legalmente incorporada y porque, además, aquella que valoró lo fue de modo parcial y extensivo, en contraposición a los postulados de la sana crítica racional.

Todo lo cual, a su criterio, determinaría el carácter arbitrario del fallo en crisis y, por lo tanto, su descalificación como acto jurisdiccional válido.

No comparto el planteo sostenido por el recurrente.

A mi modo de ver, la pieza en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Contra lo argüido por la defensa, considero que existen buenos motivos para confirmar el razonamiento expuesto por el a quo en la resolución en crisis, desde que concurren una serie de elementos que, analizados en conjunto, le dan sustento a la hipótesis inculpativa formulada en la sentencia.

Si bien el acusado ha ofrecido **una versión alternativa exculpativa, la prueba colectada demuestra la veracidad de la hipótesis acusatoria.**

En el marco precedentemente fijado, observo que el tribunal de juicio principia su análisis probatorio destacando dos aspectos: **a)** que la plataforma fáctica acusada contiene «[d]os grupos de hechos claramente diferenciados: unos ocurridos inmediatamente de arribar al lugar los policías Rossi y Pesalache, y otros, luego de que se produce el disparo de Rossi y mientras Orlando Díaz se encontraba en el suelo»; y, **b)** que las partes acusadoras –representante del Ministerio Público Fiscal y representante de la querrela– «[l]imitaron su acusación penal al primer tramo, señalando como responsable penal únicamente a Gabriel Tulio Rossi, solicitando la absolución de Pablo Ariel Díaz y de Zulema Mariana Pesalache» (ver fundamentos, fs. 876).

Tras ello, el juez de la instancia anterior entendió que existían elementos de prueba que acreditaban la autoría material del acusado respecto de los hechos contenidos en ese primer tramo fáctico.

Esto es, que Rossi, con motivo y en ocasión de llevar a cabo un procedimiento policial, disparó con su arma reglamentaria cargada con postas de goma sobre la humanidad de Orlando Díaz, provocándole diversas lesiones en su cuerpo.

Si bien esos extremos fácticos de la acusación –en sus circunstancias de tiempo y lugar– no fueron materia de discusión durante la realización del debate, pues tanto el acusado como su defensor técnico admitieron este segmento de los sucesos, fácil es advertir que la cuestión controvertida resultó limitada a la verificación de los aspectos modales que rodearon ese comportamiento y, primordialmente, sobre el impacto que ello produjo en el análisis jurídico que realiza la sentencia al respecto.

Sobre este último aspecto en particular, se observa que la defensa alegó que la conducta del acusado –disparos sobre la humanidad de Orlando Díaz– resultaba penalmente justificada ya que fue realizada con

la finalidad de evitar una agresión de la víctima sobre su compañera –Pesalache–, ajustando su obrar a las normas protocolares que rigen la actuación policial.

Por el lado de las partes acusadoras, éstas coincidieron en que los disparos efectuados por el imputado no estuvieron precedidos causalmente de una agresión ilegítima de la víctima que, en los hechos, permitiera justificar la realización del ilícito penal en cuestión.

A su vez, también compartieron posición al negar que el actuar reprochado haya resultado adecuado a las pautas que regulan el obrar de las fuerzas de seguridad.

De este modo, a resumidas cuentas, el ámbito concreto y fuerte del contradictorio durante la realización del juicio oral, que motivó gran parte de los fundamentos dedicados por el sentenciante a justificar la sentencia de condena, estuvo concentrado probatoriamente a responder si, dada la dinámica modal de los hechos reprochados, la conducta reprochada resultaba antijurídica –acusación pública y privada– o, bien, si el autor obró de tal modo que su comportamiento aparece marginado del ámbito de la reprochabilidad penal, por la concurrencia de una causa de justificación legal, concretamente, la aplicación al caso de la legítima defensa de terceros –defensa–. Este aspecto nodal de la discusión fue resuelto en la sentencia de manera adversa a la propuesta defensiva.

En efecto, el tribunal de la instancia anterior descartó que Rossi, dentro del primer tramo de los hechos, haya obrado legítimamente por dos motivos: primero, porque no hubo una agresión ilegítima de parte de la víctima que sirviera de desencadenante permisivo de la conducta reactiva; segundo, porque tampoco el comportamiento del acusado respondía a los criterios de razonabilidad y gradualidad que deben guiar la actuación policial, a los términos de la **ley 6.722** (ver fundamentos, fs. 878 vta.).

Ahora bien, resulta clave destacar que, en la solución legal dada en la sentencia respecto de este núcleo controversial –reeditado hoy como el motivo de agravio central que sustenta la impugnación casatoria en examen– subyace una visión interpretativa de ese segmento discutido de los hechos para cuya verificación probatoria, el tribunal a quo toma la declaración de la víctima como creíble, ubicándola en un lugar central del silogismo que acompaña el fallo; descartando las manifestaciones del acusado en ejercicio de su derecho de defensa, considerándolas como meros «indicios de mala justificación».

Así, mientras que, para el tribunal de juicio, Orlando Díaz –víctima– se pronunció respecto de esos momentos con expresiones que contenían «visos de veracidad» dado que «en términos generales, sus manifestaciones resultan coherentes y se han mantenido en el tiempo (de manera plural, sin ambigüedades ni contradicciones), no advirtiéndose por otro lado, móviles espurios que puedan guiar la presente acusación»; la falta de correspondencia entre las constancias probatorias de la causa y las explicaciones dadas por los acusados –entre ellos, por Rossi– sobre la dinámica modal de los hechos, no sólo descartaban la contundencia de sus dichos, sino que «[daba] pie a la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de la manera en que lo describe la víctima» (ver fundamentos, fs. 877).

Para sustentar esa decisión, el juez a quo descartó la credibilidad de la versión alternativa propuesta por el acusado, al entender que su descripción no se condecía con el análisis lógico y racional de los hechos, a saber: **a)** con la ubicación de las lesiones producidas por los perdigones de goma en el cuerpo de la víctima –abdomen y pecho–, cuyo análisis descarta la existencia de algún elemento que haya interferido en la trayectoria del disparo, además de acreditar que, por lo menos uno de los disparos, se produjo en forma directa hacia su cuerpo; **b)** con la inexistencia de impacto de algún proyectil en Pesalache, siendo

que ésta se encontraría a una distancia de 30 centímetros aproximadamente de Díaz al momento del disparo; **c)** con la falta de prueba que acreditara un estado de embriaguez de la víctima; y, **d)** con el estado de salud y la limitada capacidad de locomoción de Orlando Díaz.

Es precisamente ese análisis confrontativo entre el contenido dialéctico de tales manifestaciones, sopesado con el material probatorio producido e incorporado legalmente a la causa, además del análisis de las normas legales que prevén los criterios que guían la actuación policial, la tarea interpretativa que condujo al juez de la instancia anterior a juzgar que los hechos ocurrieron del modo en que los describió el sujeto perjudicado por el accionar policial.

Esto es que «[!]os disparos se producen en oportunidad en que Orlando Díaz se estaba acercando al móvil, negándose a acompañar al personal policial y que los golpes en el móvil se producen luego de recibir el primer disparo [...]» (ver fundamentos, fs. 877 vta.).

Llegados hasta aquí, estimo conveniente destacar que la dinámica de los acontecimientos investigados que se consideró verificada en la sentencia –siempre dentro del tramo de los hechos atribuidos al imputado– coloca a Gabriel Tulio Rossi acompañado de Zulema Mariana Pesalache siendo desplazados al lugar de los acontecimientos por directivas policiales.

Una vez producido el arribo de los uniformados al lugar en que se encontraba Orlando Díaz, y luego de un intercambio verbal entre ellos, en el que Díaz se mostró reticente a acompañar a los agentes, el imputado le efectuó dos disparos con su arma reglamentaria cargada con postas de goma, de los cuales, por lo menos uno, impactó sobre el cuerpo de la víctima, produciéndole lesiones que fueron objetivamente constatadas.

Específicamente, en cuanto tiene que ver con el momento en que se produjo la ejecución de los disparos, la sentencia ubica este actuar precediendo temporalmente la conducta de la víctima de provocar daños con su muleta a la movilidad policial.

Más precisamente, el tribunal entiende que el agente Rossi le disparó a la víctima cuando, junto con su compañera –Pesalache– pretendían desplazar a Orlando Díaz del lugar en que se encontraba –garita de la parada de ómnibus– y, en su caso, procurar su aprehensión.

Fácil resulta apreciar que este último aspecto circunstancial ostenta un valor fundamental en el razonamiento interpretativo en que –el sentenciante– funda la atribución de culpabilidad del acusado, al negar que pueda ser catalogado como una acción alcanzada por la concurrencia de la legítima defensa de terceros como tipo de justificación.

Arribados a este punto, y después de analizar las constancias obrantes en la causa, comparto el razonamiento argumentativo que condujo al sentenciante a interpretar el modo en que sucedieron los hechos.

Estimo que el material cargoso incorporado a la causa, en el que sobresalen las declaraciones testimoniales de los sujetos involucrados de manera directa e indirecta en el hecho, así como el sustrato objetivo que surge de diversos elementos de prueba producidos e incorporados a la causa, demuestra la autoría del acusado en el tramo de los hechos que se le intiman, y descarta la aplicación de aquella causa de justificación en la hoy vuelve a insistir el casacionista.

El recurrente toma como premisa central de su razonamiento, una visión de los acontecimientos distinta de aquellos que el sentenciante considera probados para luego, y desde allí, refutar la interpretación jurídica de esos hechos.

Entonces, a partir de considerar que el sentenciante ha incurrido en una violación al principio lógico de razón suficiente en la elaboración de las conclusiones en las que se sostiene la condena a su representado, ofrece una serie de argumentos destinados a contrastar la tarea de valoración del plexo probatorio que acompaña los presentes obrados para, de este modo, justificar que la conducta enrostrada al imputado resulta amparada por la aplicación de la legítima defensa de terceros como causa de justificación.

Así, en el tramo destinado exclusivamente a los vicios formales, la defensa despliega una estrategia con una doble línea argumental.

Por un lado, sostiene que existen elementos de prueba decisivos que no han sido adecuadamente valorados por el a quo, y que permiten ubicar a la víctima asumiendo comportamientos distintos a los apreciados en la sentencia. En este punto refiere que tanto la declaración testimonial de la testigo Silvia Parodi, como el informe en el que consta la transcripción tipográfica de las comunicaciones efectuadas por aquella al Centro de Operaciones Policiales (COP) –actual CEO– alertando de ambas situaciones, demuestran dos circunstancias que no han sido valoradas por el sentenciante.

Ellas son: **a)** que previo al arribo de los agentes de seguridad, Orlando Díaz se encontraba en estado de ebriedad, agrediendo a quienes transitaban por el lugar en el que se hallaba; y, **b)** que antes de que Rossi efectuara los disparos con su arma reglamentaria, fue aquél quien persiguió a los uniformados munido con un elemento contundente –muleta– con la intención de atacarlos, sirviéndose efectivamente de este instrumento para dañar el móvil policial y, luego, para intentar golpear a Pesalache.

Por otro lado, el recurrente también se agravia del peso convictivo asignado a la declaración de Orlando Díaz. Entiende que su relato de los hechos presenta contradicciones que, junto con el resultado de la historia clínica y del examen médico realizado (fs. 41), así como con las conclusiones alcanzadas a través del examen psicológico que se le practicara dentro del marco de los actuaciones judiciales originadas por los daños que le ocasionara al vehículo policial (N° P-28546/16) –incorporadas a los presentes en carácter de AEV–, erosionan en su conjunto el sentido cargoso endilgado a sus manifestaciones por el sentenciante.

Sin embargo, y más allá de los esfuerzos discursivos efectuados por el recurrente en su afán de demostrar un error en el razonamiento jurisdiccional, lo cierto es que no comparto ninguno de los argumentos en que funda su pretensión impugnativa.

En efecto, como lo adelantara, la resolución recurrida exhibe –en este segmento de los fundamentos del fallo en crisis– un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del debido proceso legal y de la regla legal de la sana crítica racional, que permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena que, en el caso, el juez de la instancia anterior arribó a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.

Aprecio que las objeciones del impugnante, lejos de aportar mayores argumentos que conmuevan el sentido condenatorio del fallo, sólo expresan la reedición en esta etapa extraordinaria de las mismas premisas que conformaron el planteo central de esa parte durante todo el proceso judicial,

principalmente durante el debate oral, dado que fue el argumento principal esbozado por la defensa en la oportunidad de efectuar sus alegatos (ver registros audiovisuales, «audiencia 24/08/18», a partir de 01:50:05).

Al respecto, sin que resulte necesario entrar aquí en mayores consideraciones teóricas sobre los requisitos de la legítima defensa, comparto con el tribunal de la instancia anterior en que la dinámica en que se sucedieron los hechos comprobados, impide encuadrar el proceder del encausado en el supuesto del **art. 34 inc. 7, en función del inc. 6** –legítima defensa de terceros–, dada la falta de concurrencia de los requisitos que la ley exige para su aplicación.

El primer requisito de la legítima defensa, en tanto causa de exclusión de la antijuridicidad, es la existencia de una **agresión ilegítima**.

En pocas palabras, una injerencia sin derecho en una esfera jurídica protegida ajena que provoca una amenaza de lesión de un bien jurídicamente protegido del sujeto que se defiende o un tercero –ofendido– que, además, debe ser actual.

En este punto, ya puede apreciarse el acierto inicial del a quo cuando descarta la presencia de una agresión ilegítima de la víctima hacia el personal policial que, en el escenario fáctico demostrado en la sentencia, permita considerar que el comportamiento del acusado pudo resultar justificado.

Es que, dadas las particulares y excepcionales circunstancias que rodearon el acontecer, comparto en que no es posible afirmar que la conducta del sujeto agredido –víctima– que, en los hechos, pueda ser considerada como una agresión ilegítima que lo obligue jurídicamente a tolerar la acción lesiva desplegada contra él por el imputado.

La conclusión expuesta en el párrafo anterior se justifica en virtud de las siguientes premisas.

En primer lugar, tal como lo anticipé en el párrafo anterior, quedó demostrado que no hubo de parte de la víctima un comportamiento agresivo anterior que haya desencadenado causalmente la reacción policial.

La mecánica acreditada de los hechos describe una secuencia inversa, dado que – incluso– ubica temporalmente la ejecución de disparos como antecedente previo a los golpes efectuados por Díaz sobre la movilidad policial, y con la intención de este último de defenderse.

En este sentido, comparto con el sentenciante cuando aduce que la víctima ha sido constante al describir este tramo de los hechos, pues «[e]n términos generales, sus manifestaciones resultan coherentes y se han mantenido en el tiempo (de manera plural, sin ambigüedades ni contradicciones), no advirtiéndose por otro lado, móviles espurios que puedan guiar la presente acusación» (ver fundamentos, fs. 877).

En segundo lugar, acierta el tribunal de la instancia anterior cuando, además del análisis causal de la secuencia fáctica descrita anteriormente entre las conductas de los sujetos involucrados, acentúa su razonamiento considerando como dato relevante del contexto en que se produjeron los acontecimientos investigados, el estado de salud que presentaba la víctima al momento de los hechos.

Adviértase que es abundante la prueba obrante en la causa que acredita de modo indubitable los padecimientos psicológicos y físicos de Orlando Díaz. Basta aquí con mencionar, además del examen

practicado por el Cuerpo Médico Forense (fs. 389), efectuado por el Dr. Gustavo Elgueta, cuya eficacia probatoria no ha sido objeto de cuestionamiento por las partes.

En este último instrumento, el médico interviniente describió –fundadamente– que Orlando Díaz: **a)** era un paciente con antecedentes de epilepsia, cuadro que lo acompañaba desde los doce años de edad, y que precisaba de una medicación permanente para su tratamiento; **b)** que presentaba una capacidad limitada de locomoción provocada por una disfuncionalidad de sus piernas, dado no sólo el acortamiento mayor de cinco centímetros de su miembro inferior izquierdo sino, también, por el estado de semiflexión permanente en su rodilla izquierda (fs. 435/436).

Va de suyo que una afectación en el estado de salud de la víctima como la descrita no sólo no pudo de ningún modo resultar desconocida o ignorada por los agentes policiales y, además, justifica el razonamiento del a quo cuando descartó la verosimilitud de las declaraciones de los acusados en tanto adujeron que no advirtieron ninguna deficiencia física cuando corría contra ellos, con la intención de golpearlos con una muleta que alzada con sus manos.

En este sentido, es indudable que Díaz no pudo trasladarse desde el lugar en que se encontraba al momento de la intervención policial –garita de parada de ómnibus– hasta el móvil policial, del modo en que lo describieron los uniformados, tomándolos por sorpresa.

Ello, pues, aceptar esa explicación defensiva reclamaría necesariamente reconocer que la víctima pudo efectivamente desplegar un comportamiento físico activo, consistente en movimientos ágiles y veloces que, dadas sus condiciones físicas objetivamente comprobadas, no resultan racionalmente posibles ni esperables. Repárese que no ha sido materia de controversia el estado de salud en que se hallaba Orlando Díaz al momento de la intervención policial, esto es, en estado de somnolencia compatible con haber padecido un ataque de epilepsia que había motivado su estancia en el lugar (fs. 878).

Incluso ha quedado demostrado que no podía trasladarse sin el uso de su muleta como instrumento de apoyo, dados sus inconvenientes físicos de locomoción.

Esto aparece mencionado en la declaración testimonial prestada por el médico Ernesto Barrera, que lo asistió inmediatamente de producidos los hechos, en el mismo lugar en que ocurrieron (ver fs. 99 vta.).

Por esas razones, comparto con el sentenciante cuando considera que los aspectos señalados debilitan la versión defensiva, en tanto descalifican la «posibilidad de afirmar que Orlando Díaz corría sin ninguna imposibilidad para agredir a los policías» (ver fundamentos, fs. 878 vta.).

Finalmente, estimo que también le asiste razón al tribunal de sentencia cuando, a partir de la ubicación de las lesiones en el cuerpo de la víctima como consecuencia de la acción desplegada por el acusado, infiere –sobre la dinámica del hecho– que: **a)** por lo menos uno de los disparos efectuados por Rossi se produjo en forma directa hacia el cuerpo de la víctima, dada la presencia de escoriaciones por perdigones de goma en la zona del abdomen y del pecho; y, **b)** que Orlando Díaz se defendió de los disparos, porque las lesiones más graves aparecen ubicadas en sus manos (ver fundamentos, fs. 877 vta.).

Lo antedicho, además, cuenta con el respaldo probatorio en las constancias de la causa, particularmente a través de los certificados médicos de fs. 16/17, de la historia clínica de fs. 20/28, y del examen físico de fs. 41.

Sentado cuanto precede, considero que no conmueve el razonamiento por el que se arriba a la solución condenatoria aquí resistida, los argumentos del impugnante vinculados a la selección y valoración del material probatorio –las que, según la tesis defensiva, resultan arbitrarias y erróneas–.

Ello en tanto advierto que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia en orden a la existencia material de la plataforma fáctica investigada y la intervención que en cierta parte de la misma le cupo al encausado para dictar su condena, resultan suficientemente probadas, más allá de toda duda razonable.

En este aspecto, considero que cada una de las premisas que sustentan el decisorio en crisis, goza de un adecuado y suficiente respaldo en los diversos elementos que componen el plexo probatorio que acompaña la causa, el que fuera producido sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Elementos probatorios que han sido apropiadamente ponderados por el tribunal de juicio, conforme lo imponen los **arts. 206 y 409 del CPP**.

Esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común; cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

En efecto, el cuestionamiento del recurrente a través del cual plantea una inadecuada valoración de la declaración recogida durante la investigación penal preparatoria de parte de la declaración de la testigo Silvia Parodi (fs. 97/98) –incorporada al debate por lectura con el consentimiento de las partes litigantes (ver acta de fs. 858 vta.)– no encuentra sustento en las constancias de la causa.

Más bien observo que el tribunal a quo analizó el contenido de su testimonio y expuso adecuadamente los motivos por los cuales entendía que se trataba de un testimonio «débil intrínsecamente, sin sustento en ningún otro elemento objetivo».

Descrédito probatorio que el tribunal de juicio atribuyó al comprobar la falta de correspondencia en aspectos relevantes de la causa, tales como la autoría en el disparo, pues mientras Silvia Parodi adjudicó esa conducta a la coimputada –absuelta– Pesalache, no cabe ninguna duda que el autor fue Rossi (ver fundamentos, fs. 878).

Esa inexactitud fue adjudicada por el sentenciante a que «la visión de los acontecimientos [de esa testigo] se habría logrado desde un lugar y en un momento (noche) que no permiten una visión clara de la situación» (ver fundamentos, fs. 878); siendo este aspecto revelado a través de los propios dichos de la testigo, quien dijo que se encontraba observando la escena desde la ventana de su casa en un primer piso, que estaba oscuro, que el móvil estaba sobre su vereda y la garita en la vereda opuesta (fs. 97 y vta.).

Pero, además, aún salvando este aspecto, tampoco acierta el casacionista cuando extrae de los términos de su declaración, elementos que acrediten la existencia de una agresión ilegítima de la víctima contra los uniformados, en el sentido valorativo y axiológico que venimos señalando.

Entiendo que sus expresiones, incluso, no alteran sustancialmente la dinámica modal de los hechos que la sentencia tuvo por demostrada.

En función de lo hasta aquí analizado, estimo que resulta forzoso concluir que la sentencia funda adecuadamente la inexistencia del primero de los requisitos que reclama el instituto de la legítima defensa.

De ello se deriva que, si no existe agresión ilegítima, no pueda sostenerse la concurrencia de la causal de justificación en análisis. Sin perjuicio de ello, entiendo oportuno hacer algunas consideraciones sobre la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, en tanto la supuesta acción defensiva consistió en un disparo de arma de fuego.

Aún cuando se considerara que existió agresión ilegítima –lo que ha sido descartado, en razón de las consideraciones antes expuestas– tampoco se verifica una relación de proporcionalidad entre el medio empleado por el agredido en relación a la potencialidad defensiva desplegada por el agresor.

Ello al considerar que nos encontramos ante el comportamiento desplegado por un agente de las fuerzas públicas de seguridad, cuya actuación debe aparecer determinada por las normas legales pertinentes – **ley 6.722**–.

En este sentido, comparto con el sentenciante cuando considera este aspecto – irrazonabilidad del medio– en el ejercicio de la fuerza desplegada por Rossi sobre Orlando Díaz, pues «no es prudente pensar que dos policías en buenas condiciones físicas no podrán evitar de manera efectiva la embestida de una persona que tiene esas deficiencias físicas» (ver fundamentos, fs. 878 vta.) sin acudir necesariamente al empleo de un arma de fuego.

Entiendo que, conforme las circunstancias del caso concreto, del catálogo de alternativas –incluyendo los medios– de que podía valerse el autor para llevar a cabo satisfactoriamente el procedimiento policial, no escogió la que menos daños podía producir.

En otros términos, sin que ello implique exigir actos heroicos de su parte, que le entrañen asumir ex ante una situación más riesgosa para sí o para terceros, se advierte que el imputado no obró del modo menos perjudicial para preservar los bienes ajenos.

El inculpado tuvo a su alcance otros mecanismos de actuación que, con escasa entidad ofensiva, resultaban eficaces para evitar la contingencia alegada –supuesto actuar violento de Díaz–, así como también, para concretar la pretensión de desplazarlo del lugar en que se encontraba y, en su caso, lograr su aprehensión.

Considero que éste es otro dato gravitante en la solución del caso, que también impide acoger las pretensiones defensivas, al excluir otro requisito de la justificación.

En definitiva, contrariamente a lo que postula el recurrente en su escrito recursivo, aprecio que ninguno de los requisitos de la legítima defensa, en tanto eximente de responsabilidad personal en el nivel de la antijuridicidad del comportamiento, resulta verificable en la conducta enrostrada al acusado.

De manera tal que, descartada la existencia de vicios en la valoración de la prueba respecto de este extremo de la imputación, cabe concluir en que los agravios formales propuestos no prosperan.

b. Sobre los vicios in iudicando señalados por el recurrente

En este tramo de su impugnación, el defensor sostiene que la sentencia cuestionada adolece de **errónea aplicación del derecho sustantivo**, dado que la conducta enrostrada a su representado resulta

penalmente atípica del delito de vejaciones –aplicada por el tribunal de la instancia anterior–, así como también, de las lesiones leves agravadas por la función pública –figura utilizada por el representante fiscal al concretar su acusación en sus alegatos de clausura del debate–.

Respecto de las vejaciones, descarta que Orlando Díaz haya estado privado de su libertad durante la primera etapa del hecho investigado, esto es, hasta después de efectuado el disparo, impide aquella calificación, siendo prueba de ello no sólo la persecución emprendida por aquel contra los efectivos policiales sino, además, los daños ocasionados a la movilidad policial.

Comportamientos que no hubiera podido realizar si hubiese estado aprehendido o detenido. Mientras que, en orden a las lesiones leves agravadas, si bien considera que se trata de la figura correcta, descarta su posible aplicación al caso porque el comportamiento del acusado resultó amparado por la concurrencia de la legítima defensa de terceros como causa de justificación legal.

Sin embargo, con base en las consideraciones expuestas hasta el momento, considero que los argumentos dados por el casacionista no son de recibo en esta instancia, desde que el acto jurisdiccional atacado presenta una correcta adecuación de los hechos probados a la figura penal que ha sido seleccionada en la sentencia para contener y definir legalmente el comportamiento reprochado al acusado.

Así, al igual que lo hace el sentenciante, considero que la conducta investigada se subsume en la figura penal del delito de vejaciones, previsto y penado por el **art. 144 bis inc. 2 del CP**.

En tal sentido, observo que la posición defensiva sólo se sostiene si se aceptan como válidas sus pretensiones en orden a la selección y ponderación de la prueba.

Por lo tanto, descartado el agravio dirigido contra la valoración de la prueba y, desde allí, confirmados los extremos fácticos que conformaron los hechos tenidos por históricamente ciertos en la sentencia en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, ello conduce –necesariamente– a vaciar de contenido este segmento sustantivo de la impugnación casatoria. Déficit que provoca la ineficacia de la crítica sustantiva para concretar la pretensión del letrado defensor en cuanto solicita la absolución del imputado por la atipicidad penal de su conducta. Veamos.

Al seleccionar la figura penal utilizada para encuadrar jurídicamente el comportamiento delictivo atribuido al acusado, el tribunal de la instancia anterior consideró relevantes dos aspectos: **a)** desde el primer momento de su participación, la intervención policial provocó una efectiva limitación de la libertad física de Díaz, situación que «coloca al funcionario público actuante en el **deber de garante** de los espacios de libertad remanentes luego de esa restricción»; **b)** dentro de ese ámbito, las lesiones provocadas por el acusado en ejercicio de la actividad policial, implicaron un «trato humillante que mortifica moralmente a la persona que, en la ocasión, se encontraba bajo la relación de poder policial, atacando su sentimiento de dignidad y respecto que merece como ser humano y con el que espera ser tratada». Desde allí juzgó que los hechos comprobados «deb[ían] subsumirse en el tipo de las vejaciones del artículo 144 inc. 2° del CP» (ver fundamentos, fs. 880 y vta.).

Como aproximación preliminar a la justificación de la solución que aquí propicio, cabe mencionar brevemente que la calificación en cuestión, contempla la conducta realizada por un funcionario policial en cumplimiento de sus funciones, quien a su vez realizó el verbo típico: «vejar», es decir: molestar, perseguir, maltratar o hacer padecer a una persona de manera física o moral (**DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, T:1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 178**).

No cabe duda que el núcleo del tipo penal busca mantener la incolumidad de la integridad personal de todo ciudadano que, aunque sea de manera ocasional y momentánea, se encuentre condicionada por el proceder ilegítimo, menospreciante y humillante de un funcionario al que el Estado le ha conferido el uso de la fuerza pública para que oficie como fiel guardián de sus derechos constitucionales.

Si bien posee un contenido aflictivo más acentuado en el aspecto psicológico o moral de la persona que en el físico, ello no obsta a que pueda manifestarse lógicamente –como en el caso de autos– mediante actos materiales.

Proyectadas esas breves referencias sobre el caso en revisión, advierto que las circunstancias y los datos objetivos comprobados en la causa permiten asegurar que se verifican en el comportamiento del imputado la totalidad de los aspectos objetivos y subjetivos que reclama la figura delictiva en pugna.

En este sentido, ha quedado suficientemente demostrado que el comportamiento delictivo fue cometido por un **funcionario público –efectivo policial– en ocasión de estar desempeñando un acto de servicio [sujeto activo]**.

Asimismo, y pese a la controversia suscitada al respecto, estimo que el contexto circunstancial en que se sucedieron los acontecimientos, permite afirmar que Orlando Díaz se encontró efectivamente sometido a una relación funcional de poder de parte de los agentes actuantes que, en los hechos, implicó evidentemente una restricción de su libertad ambulatoria [sujeto pasivo].

Esta última situación resulta acreditada a través de las declaraciones espontáneas que efectuaron los acusados durante el debate quienes, en sentido coincidente, manifestaron que una vez que arribaron al lugar y que entrevistaron a la víctima, su actuación inicial estuvo dirigida a trasladar al sujeto a un lugar distinto del que se encontraba –garita de la parada de ómnibus– y, en su caso, procurar su aprehensión. Lo que incluso motivó, ante la negativa expuesta por Díaz, la necesidad de solicitar un «móvil de traslados de detenidos» (ver fundamentos, fs. 874 vta. y 875; ver registros audiovisuales, “audiencia 26/07/18”, declaración de Rossi 00:35:56-00:47:19; declaración de Pesalache 00:59:10- 01:05:30).

Es decir, desde el primer momento de la intervención policial, ya surge evidente la existencia de una relación funcional de poder que limitó el ejercicio pleno de la libertad de Orlando Díaz, quien resultó impedido o cercenado de permanecer donde se hallaba, siendo que no existen constancia acreditada en la causa que revele que su permanencia allí provocaba algún tipo de peligro para sí o para terceros.

Mas bien quedó demostrado que se trató de una persona mayor –cincuenta y cinco años de edad–, epiléptico y con dificultades para caminar.

En este punto tampoco puede soslayarse que, de acuerdo a la dinámica modal de los hechos tenida por cierta en la sentencia, los comportamientos de Orlando Díaz señalados por el recurrente, fueron posteriores al disparo realizado por el acusado, evidenciando una acción defensiva de su parte.

Por último, comparto con el sentenciante cuando considera que el comportamiento delictivo excedió los «límites de la razonabilidad y gradualidad que guían la actuación policial».

Ello, pues, disparar el arma reglamentaria cargada con perdigones de goma sobre la humanidad de la víctima, lesionándolo, sin que haya existido una agresión que justificara dicha actuación, produjo que el acto mismo de la detención representara un proceder abusivo y humillante desde lo físico y lo moral, trato

innecesariamente riguroso que, en razón de la situación de momentánea subordinación, Orlando Díaz se vio precisado a soportar.

En resumidas cuentas, dada la calidad del sufrimiento generado por las lesiones producidas por el disparo de arma de fuego, apreciado el contexto –el ambiente, el medio utilizado por el acusado– en que los padecimientos fueron infligidos y las características personales de la víctima –su personalidad, su vulnerabilidad, su estado de salud–, justifican la calificación penal dada a los hechos.

De lo dicho, surge con claridad que en la sentencia se brindaron razones suficientes para tener por configurada la tipicidad de la conducta del acusado, dentro de los márgenes del delito enrostrado – vejaciones–, las que, a mi juicio, resultan suficientes para refutar la posición de la defensa y confirmar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo.

c. Conclusión

En definitiva, considero que ninguno de los agravios deducidos debe prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dra. Day. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y LA DRA. M. TERESA DAY adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y LA DRA. M. TERESA DAY adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE y la DRA. M. TERESA DAY adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro

2- ARJONA. 08-02-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_QuBR.pdf

Lex: Art. 157 Bis inc. 2° del CP. Ley 26388. Ley 24557.

Vox: Violación de secreto profesional.

Summa:

El **TPC** condenó a la nombrada a la pena de **dos años de prisión** en suspenso como autora penalmente responsable del delito de revelación de información registrada en un archivo o en un banco de datos (art. 157 bis, inc. 2º -conforme Ley 26.388-).

La **defensa** interpone recurso de casación por considerar que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia de fs. 272, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04960993-5/1((018601-20)) Q. B. R. C/ A. K. I. P/ VIOLACION DE SECRETO PROFESIONAL (0020) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105130808*

En Mendoza, a los ocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04960993-5/1, caratulada "Q. B., R. C/A. K."

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de K. I. A. interpone recurso de casación (fs. 290/310) contra la sentencia de f. 272 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó a la nombrada a la pena de dos años de prisión en suspenso como autora penalmente responsable del delito de revelación de información registrada en un archivo o en un banco de datos (art. 157 bis, inc. 2º -conforme Ley 26.388-).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La magistrada sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «K. I. A. era empleada de la empresa P. S.A., y que el 19 de mayo de 2016 utilizando su nombre de usuario y clave en la computadora asignada en su puesto de trabajo, ingresó al sistema de gestión de la empresa, extrajo información confidencial de once personas que habían padecido algún siniestro y los reveló por mensajes de whatsapp a integrantes del estudio jurídico C. Concretamente, reveló la siguiente información: 1) Desgarro omóplato, R. A. B...; 2) G. M. J., amputación parcial dedo...; 3) V. L. A., esguince hombro...; 4) C. L., lumbalgia...; 5) Fractura costal, T. D... (al pasar el dato ha pasado costak en lugar de costal); 6) G. C. N., lumbalgia...; 7) S. P. M., esguince hombro...; 8) R. J. E..., trauma lumbar; 9) Herida labio, M. I. B...x; 10) Esguince rodilla, R. M. O...; 11 D. M. M., esguince hombro...».

Para decidir en tal sentido, la a quo valoró la declaración del Ing. R. P. L., de N. S. T. y M. M.; la pericia informática de fs. 196/223, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de K. A. considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando.

Después de realizar un breve desarrollo de la garantía de la doble instancia, así como de los antecedentes del caso, expresa como motivo de casación, en el nivel de los vicios in procedendo, que uno de los testigos centrales de la causa –el Ing. L.– tendría interés en el resultado de la causa, en tanto es empleado de P.

ART, empresa que mantiene un juicio laboral con la imputada. Asimismo, la defensa cuestiona los dichos de N. T., en tanto los considera gananciales pues, la verdadera motivación detrás de la comunicación con P. ART sería perjudicar al Dr. C. y «probablemente un negocio con la aseguradora» (sic).

El recurrente seguidamente realiza una crítica de la pericia en función de la cual la magistrada sentenciante sostuvo que la información aportada al Estudio C. a través de la señora T. fue aportada por A. En esta línea, la crítica avanza sobre una triple línea argumentativa.

En primer lugar, sostiene que resulta posible pensar que se hubieran cambiado los datos antes de llevar a cabo el hash ante la escribana.

En segundo lugar, refiere que las consultas realizadas por A. en el sistema eran producto de las tareas que realizaba en la empresa y que la geolocalización que daría cuenta de que algunas de ellas habrían sido practicadas en horario extra laboral desde su domicilio quedó desvirtuada con base en los testimonios de los peritos D. y M.

En tercer lugar, cuestiona las capturas de pantalla del teléfono que confirmarían la revelación de datos, habida cuenta de que no se determinó que ellas hubiesen salido de una línea telefónica a nombre de su defendida.

En suma, a entender de la defensa, no está acreditado que A. haya violado deber de confidencialidad alguno para con P. ART. Finalmente, en el nivel de los vicios in iudicando, considera que los datos considerados revelados por A. –nombre, documento de identidad y tipo de lesión sufrida– no son «datos sensibles», entendida ésta como información que de divulgarse de manera indebida afectaría la esfera más íntima del ser humano.

De allí concluye que no habría razón legal para mantener esos datos en secreto, estando la conducta atribuida a A. extra muros de los límites del tipo penal del art. 157 bis del CP.

Formula reserva del caso federal.

III.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

a.- En lo relativo a los planteos realizados en el nivel de los vicios in procedendo, entiendo que tanto la declaración del Ing. L., así como la de N. T. han sido correctamente ponderadas por la a quo.

Respecto de la primera declaración, debe destacarse que ella fue considerada central por la sentenciante, tanto por la función desempeñada por el Ing. L. en P. ART, así como por la claridad y precisión que presentaban sus manifestaciones.

En efecto, el testigo explicó –como refiere la a quo a f. 277– que «en junio de 2016 recibieron un mail de una persona que decía que un pariente de ella estaba siendo hostigado para iniciar reclamos contra una ART por lesiones. Que ante ello, se pusieron en contacto con la persona, pues no era un mail anónimo, y por otro lado, se pusieron a investigar el uso del sistema de gestión de la ART.

Que así fue como advirtieron que la señora K. A., empleada de la ART, tenía un número de consultas al sistema muy superior a la media –considerando el trabajo que tenía que realizar– y, a la vez, que esas consultas se efectuaban con cierto método: colocaba un número de siniestro al azar y luego continuaba con la secuencia.

Prosiguió explicando el testigo, que al principio no entendía para qué hacía eso, pues incluso muchos de esos números de siniestros no pertenecían a Mendoza, pero, cuando le agregaron una columna para saber cuánto tiempo demoraba mirando cada siniestro, descubrieron que eran sólo pocos segundos si eran de otro lugar, pero que si el siniestro era de Mendoza, se demoraba 2 o 3 minutos; aclarando que así descubrieron qué era lo que A. buscaba; concretamente, eran los siniestros ocurridos en Mendoza; dijo que el nivel de seguridad de la clave de A. no le permitía hacer filtros y no podía buscar sólo en Mendoza (y por eso debía ir mirando uno por uno hasta encontrar uno de Mendoza)».

A ello debe sumarse que la magistrada agregó que: «Por otro lado, nos explicó [el testigo], que cuando se contactaron con la señora T., que era quien había mandado el mail a la empresa, les contó que recibía datos de P., que les mostró y entregó un print de pantalla que era del día 19 de mayo donde figuraban nombres, lesiones y teléfonos de distintas personas. Que a esos datos la empresa los buscó en los registros y descubrieron que, efectivamente, los datos eran de lesionados de la ART y habían sido consultados por el usuario A. con aquel padrón de consulta; aclaró que las consultas de esos datos, habían sido efectuadas con el usuario y contraseña de A., en horario de trabajo y desde a computadora que la ART le había asignado a A. También nos contó el testigo que algunos de los datos que les suministró T., se leía arriba como remitente: “L. A.” (sic) y la foto del perfil era igual a la foto que tenía A. en la parte abierta del Facebook». Más allá de la ponderación de la a quo de este testimonio como «claro y preciso» (fs. 277), la defensa sostiene que el testigo tendría interés en el proceso, en tanto al momento de practicar las averiguaciones pertinentes era dependiente de P. ART. Ahora, si bien la relación laboral entre L. y la denunciante es verdadera, ello no implica per se que aquél haya falseado el contenido de su testimonio.

Es que no basta para hacer decaer la validez de la prueba el hecho de que se constate una relación laboral entre el testigo y la empresa, pues, aunque ello podría influir en la calidad de la prueba, este no es el caso. Ni de las constancias obrantes en la causa ni del planteo defensivo surgen motivos para quitarle valor a esta declaración. Por el contrario, los dichos del Ing. L. encuentran respaldo en la declaración de N. T. y en la pericia informática de fs. 196/223.

En relación con el testimonio de N. T., la defensa apunta a que, al igual que el Ing. L., existiría un interés en el resultado del proceso. Afirma, en este sentido, que en su momento se comunicó con P. ART para perjudicar al Estudio C. y que buscaba «probablemente un negocio con la aseguradora».

Respecto de este tramo del planteo defensivo, es suficiente destacar que, en ningún momento se brindan razones que sustenten tales especulaciones, ni respecto de la ganancialidad en el testimonio, ni respecto de aquel «probable negocio» con P. ART.

El plexo probatorio –en especial el testimonio del Ing. L. y la pericia técnica– validan el sentido de esta declaración. Es que la testigo fue contundente respecto de su función en el Estudio C. y de las funciones encomendadas. En palabras de la a quo, «la testigo nos dijo que ella había sido contratada por el estudio jurídico del Dr. C., que su trabajo consistía en llamar a las personas cuyos números telefónicos le suministraba C. por mail o mensajes de whatsapp y debía decirles que les hablaba de la secretaria de

Trabajo (cuando se le dio lectura a la declaración que brindara ante la escribana Ch. – fs. sub 11/13– recordó que debía decir que hablaba en nombre de una consultora externa de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo) para requerirles que pasaran por el estudio jurídico, pues estaban estudiando la posibilidad de iniciar juicio contra la ART en la medida que siempre les querían pagar menos. Explicó que los datos que C. le pasaba de las personas que ella tenía que contactar eran el nombre, el teléfono y el accidente que había tenido (dio como ejemplo: esguince, fractura)» (f. 278).

A ello debe agregarse que la magistrada sentenciante refirió que la testigo «le envió un mail a P., pero se hizo pasar por familiar de una persona accidentada y les mandó una captura de pantalla de las que C. le había mandado a ella. Que cuando P. se contactó con ella, fue y les explicó todo.

Claramente relató y reiteró que ella a la señora K. A. no la conocía; pero también fue clara indicando que de las imágenes de captura de pantalla que C. le enviaba (fs. sub 19 y 20) surgía que el contacto que le remitía la información a él, él lo tenía agendado como “L. A.”; a su vez, reconoció esas imágenes como pertenecientes a las capturas de pantalla que ella suministró a la escribana y que eran los mensajes de whatsapp que C. le enviaba a ella (con los datos de las personas que ella debía contactar y con la imagen del perfil del contacto “L. A.”)» (f. 278).

Respecto del contenido de esta declaración, vale decir que la magistrada sentenciante la calificó de «franca y espontánea» así como «coherente, sin contradicciones», aclarando que contestó con gran simpleza las preguntas que se le hicieron y que no advertía interés alguno por el resultado del presente, en tanto «ni siquiera conocía a la querellada» (f. 278 vta.).

Dicho en otras palabras, no surge de la prueba obrante en autos que haya existido motivo para que N. T. falseara su declaración, tal como sugiere la defensa, la cual no ha brindado prueba alguna de tales afirmaciones. Ello en tanto, no ha aportado elemento objetivo alguno que sustente la existencia de un «negocio» con la parte querellante. Dicho esto, finalmente corresponde analizar la pericia realizada en los sistemas informáticos de P. ART; una prueba de cargo crucial para confirmar las declaraciones testimoniales del Ing. L. y N. T. en orden a verificar la existencia del hecho y la autoría de A..

Esta es la segunda cuestión sobre la que gira la argumentación defensiva en el nivel de los vicios in procedendo. Respecto a esta prueba, como señalé ut supra, la defensa expresa que resulta posible pensar que se hubieran cambiado los datos antes de llevar a cabo el hash (que conserva los datos del sistema) ante la escribana.

Sin embargo, nada de esto se sostiene en elementos objetivos, sino únicamente en especulaciones que en ningún momento son concretadas.

De hecho, la defensa no ha logrado poner en tela de juicio que el resultado de la pericia sea falso o, al menos, oscuro.

La pericia determinó con claridad y precisión «1) Que el usuario asignado a K. A. había realizado una cantidad de consultas superior al resto de usuarios que realizaban la misma tarea –gestor de ILP–. 2) Que el usuario K. A., había consultado el sistema no sólo en horario de trabajo y desde la computadora asignada a esa empleada, sino que también había efectuado consultas fuera de ese horario, en otra computadora. 3) Que las consultas de datos tenían un tiempo medio de duración de segundos si se trataba de datos de siniestros de otras provincias, pero si eran de Mendoza, la consulta duraba ya unos cuatro minutos. 4) Que la señora K. A. había consultado los siniestros sufridos por los señores/as: A. B. R., J. G.

M., L. A. V., L. C., D. T., C. N. G., P. M. S., J. E. G., I. B. M., M. O. R. y M. M. D. 5) Que los datos de las once personas recién indicadas que obraban en P. ART, coincidían con los datos consignados en los prints de pantalla proporcionados por la Sra. T. a la escribana Ch. (agregados a fs. sub 19 y 20)» (v. 279).

Debe consignarse, además, que el contenido de la pericia fue ratificado por el experto M. M. durante el debate.

En segundo lugar, el recurrente refiere que las consultas realizadas por A. en el sistema eran producto de las tareas que realizaba en la empresa y que la geolocalización que daría cuenta de que algunas de ellas habrían sido practicadas en horario extra laboral desde su domicilio quedó desvirtuada con base en el testimonio del perito D.

No obstante ello, y sin necesario entrar en estos aspectos aunque, aun cuando se tomara por cierto lo dictaminado por el perito de parte y se rechazaran las consultas realizadas por A. desde su domicilio o el carácter representativo de la muestra realizada frente a las consultas de otros compañeros, esto no perforaría la solidez del plexo probatorio que, entre otros elementos, se basa en las impresiones de pantalla aportadas por N. T., así como las constancias de búsquedas realizadas en el sistema desde el usuario de A., así como el tiempo que permanecía en cada uno de los siniestrados en caso de tener domicilio en la provincia de Mendoza.

Dicho de otro modo, aun en el caso de que se tuvieran por ciertas las especulaciones de la defensa –las que, como dije, no se basan en las constancias obrantes en la causa– ellas no tendrían la fuerza para hacer decaer la validez del silogismo incriminatorio.

Finalmente, la defensa ataca las capturas de pantalla del teléfono que verificarían la revelación de los datos, habida cuenta de que no se determinó que ellas hubiesen salido de una línea telefónica a nombre de su defendida.

La defensa sugiere que un mensaje con una foto de perfil de Whatsapp que coincide con la foto de Facebook puede ser un método idóneo utilizado por una tercera persona para incriminar a A.. Hipótesis defensiva que se aúna con el hecho de que el usuario y la contraseña, conforme el recurrente, podría haber sido utilizado por otra persona perteneciente a la empresa.

En síntesis, de ninguna de estas explicaciones alternativas a la imputación se brinda prueba alguna; en contraste con lo que entiendo es un caso sólido presentado por la querrela y reafirmado en la sentencia puesta en tela de juicio.

En línea con lo sostenido por la a quo, coincido en que es cierto es que cualquier sistema puede ser vulnerado, pero ello no significa que el de P. fue modificado para perjudicar a A. Es decir, no basta con pregonar que cualquier sistema puede ser hackeado para impugnar o desacreditar una pericia; al menos se debe demostrar que así ocurrió o suministrar elementos o indicios de que podría haber acontecido.

De cualquier modo, las dudas planteadas por la defensa son irrelevantes, si se pone en relación el resultado arrojado por la pericia con las declaraciones testimoniales prestadas en sede de debate. En síntesis, considero que la jueza interviniente ha articulado correctamente el resultado arrojado por la pericia técnica con las declaraciones brindadas por el Ing. L. y N. T., las cuales son confirmadas en todos sus extremos y dan cuenta tanto de la existencia de la maniobra delatora, como de la autoría de A..

b.- Resta analizar el planteo defensivo respecto del encuadramiento jurídico-penal de los hechos que la a quo considera acreditados.

En este sentido, el recurrente pretende cancelar uno de los elementos normativos del tipo penal al negar que la información revelada por A. al personal del estudio C. haya sido de carácter «personal».

Al cuestionar el carácter personal de los datos revelados, el recurrente busca hacer decaer, al mismo tiempo, el deber subyacente de mantener su secreto y, finalmente, la impronta dilatoria de su puesta a disposición de terceros.

Como es sabido, el art. 157 bis, inc. 2 CP establece que «Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que [...] 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley».

Como bien explica la a quo, la conducta típica del delito bajo estudio consiste en revelar, en tanto dar a conocer a personas indeterminadas, la información contenida en un archivo o banco de datos personales.

En el caso bajo estudio, se encuentra acreditado que la maniobra llevada adelante por la imputada consistió en proporcionarle al Estudio C. los datos personales de once personas que habían sufrido siniestros (nombre y apellido, documento nacional de identidad y tipo de lesión sufrida); información que se encontraba resguardada en el sistema informático de la aseguradora P. ART.

Pero no solo se encuentra verificado el despliegue de la acción en los términos del art. 157 bis, inc. 2 CP, sino, a su vez, los elementos normativos adicionales que definen la especial posición de garantía en que se encontraba A. respecto de los datos suministrados.

En relación con éstos debe decirse, en primer lugar, que el tipo penal exige que no deban ser susceptibles de ser conocidos por cualquiera, esto es, deben ser reservados; y, en segundo lugar, que deben estar almacenados en un registro o fichero.

Esto último se ha verificado acabadamente con base en la específica maniobra desplegada por la autora en el sistema de datos de P. ART y la pericia informática que da cuenta de ello (supra).

Respecto del **carácter reservado de la información**, cabe decir que el **deber de secreto** consiste en la prescripción de no ampliar el círculo de quienes conocen ciertos datos relativos a un objeto concreto – limitado a un número determinado de personas–.

Aquí desempeña un papel decisivo el titular del derecho a la intimidad, pues tales ámbitos vienen determinados o a través de las barreras concedidas por defecto por parte de un ordenamiento jurídico, o bien, mediante las medidas de autoprotección adoptadas por la propia víctima.

En el caso de autos, se verifican ambas barreras de protección. En el plano fáctico, se advierte que el acceso a la información sensible de los siniestrados que tramitaban ante P. ART se encontraba protegida en un sistema que requería para ingresar un usuario y claves personales.

Es que un análisis que tome como punto de partida el principio de última ratio, así como una concepción elemental de la teoría de la imputación objetiva, no puede omitir que para cometerse el delito bajo estudio es necesario vencer algún tipo de resistencia, como la impresa en la predisposición de alguna

medida o cautela adoptada, precisamente, para evitar el conocimiento por otras personas de la información que el interesado busca preservar.

Por su parte, en el plano normativo, como explica la a quo, la **Ley 24.557** que regula las actividades de las ART, las obliga a llevar un registro de siniestros de los trabajadores.

Si bien la recolección de tales datos no requiere el consentimiento expreso del trabajador, la calidad de tales datos es de carácter «sensible», en tanto en ellos se vuelca información referente a la salud del trabajador.

Por ello, no puede compartirse la tesitura de la defensa relativa a que la información proporcionada por A. al Estudio C. no sería sensible, pues, la recolección y tratamiento de los datos referidos a la salud de los trabajadores se autoriza por una razón de interés general, esto es, la reducción de la siniestralidad a través de la P. de los riesgos de trabajo (Ley 24.557, art. 1), fundamento que no justificaba la manipulación subsiguiente llevada a cabo por A..

De lo anterior es posible derivar lógicamente que A., al no contar con autorización alguna de parte de las autoridades de la empresa, se encontraba obligada al secreto profesional respecto de los datos almacenados en los servidores de P. ART, debido tanto a su carácter sensible (Ley 24.557), como a la existencia de barreras para acceder a su tratamiento (requerimiento de usuario y contraseña que poseía en razón de su cargo).

Por ello, el proporcionar los datos relativos a once personas siniestradas con fines ajenos al de su función debe considerarse una intromisión ilegítima en el marco del tipo penal del art. 157 bis., inc. 2, CP. Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

Por tal motivo, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de K. I. A. y convalidar la sentencia condenatoria y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **3- GALDAME. 22-02-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-		-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcGTJ.pdf

Lex: Art. 142 inc. 2° en función del art. 141, 119, 3° párrafo en función del 1° párrafo, 55, 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Belem Do Pará. Ley 26485. Ley 27499. Ac. 29318.

Vox: VG. Privación ilegítima de la libertad agravada. Abuso sexual agravado por el acceso carnal. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años y seis meses** de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el sujeto pasivo, abuso sexual agravado por el acceso carnal y amenazas simples, todos en concurso real (art. 142 inc. 2 en función del art. 141, 119 tercer párrafo en función del primer párrafo, 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del Código Penal), y (...) lo absolvió, por falta de acusación fiscal, del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por el sujeto pasivo (art. 142 inc. 2, en función del art. 141 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que la sentencia es nula por no haberse observado las reglas de la sana crítica con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1126, pronunciada por el TPC N°1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf

- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 15-05-09:
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.

Parágrafos destacados.

Voto Dr. Valerio

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

voto Dr. Adaro

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-05348198-6/1((028601-761534)) FC/ G T P/ AMENAZAS-ART 149 BIS, PARRAFO1, SUPUESTO 1, PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA -ART 142 (761534/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105519730*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05348198-6/1, caratulada "F. C/ G T, J O P/ AMENAZAS, PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de J O G T interpone recurso de casación (fs. 283/286 vta.) contra la sentencia N° 1.126 (fs. 279 vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el sujeto pasivo, abuso sexual agravado por el acceso carnal y amenazas simples, todos en concurso real (art. 142 inc. 2 en función del art. 141, 119 tercer párrafo en función del primer párrafo, 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del Código Penal), y que se le atribuyen en la causa N° P761.534/19. Asimismo se lo absolvió, por falta de acusación fiscal, del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por el sujeto pasivo (art. 142 inc. 2, en función del art. 141 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el juez titular de la Sala Unipersonal N° 6 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado las siguientes circunstancias fácticas.

En relación al primer hecho atribuido, que «[...] en la ciudad de General Alvear, en fecha 05 de octubre de 2019, en horas no precisadas, pero presumiblemente a las 21:00 horas, el imputado J O G T, se apersonó en el domicilio sito en Ruta, pasando el puente, en el cual reside la Sra. P B D y dónde se encontraba su pareja la Sra. E.M.D. y la hija de ambos de dos años de edad. El imputado le preguntó a E.M.D. qué iba hacer, a lo que la misma le respondió que se iba a quedar en la casa de su hermana, oportunidad en que el imputado le propinó una cachetada, manifestándole que le faltaba aprender un par de cosas, seguidamente la tomó del cuello, la sacó afuera de la vivienda y la subió a empujones contra su voluntad a su camioneta. En este contexto, G volvió hacia adentro a buscar a su hija, oportunidad ésta en que la

víctima aprovechó para descender del vehículo, a lo que el imputado comenzó a gritarle “subite a la camioneta”, a lo que la misma accedió por miedo».

En cuanto al segundo hecho, que «[...] en la ciudad de General Alvear, Provincia de Mendoza, para fecha lunes 7 de octubre de 2019, en el horario aproximado entre las 12:00 y las 18:00 horas, en circunstancias en que la ciudadana E.M.D. se encontraba en la habitación que compartía con su pareja J G, en el domicilio sito en calle N s/n, a cincuenta metros de Ruta N° 143, frente a la Bodega Figueroa, es que encontrándose acostada en la cama, luego de una discusión con G, éste le empezó a decir que ella era una buena mujer, que era linda, que sabía que la había perdido, y que quería despedirse de la mejor manera, razón por la cual, E.M.D. le preguntó cómo era despedirse de la mejor manera si ya se encontraba todo mal entre ellos, momento en que G la agarró y le dijo “[¿]me dejas?”, a lo que la víctima le dijo “no, no quiero”, pese a lo cual, éste se subió arriba de ella con una mano le sostuvo los brazos para atrás y con la otra mano le sacó el pantalón corto que llevaba la víctima e inmediatamente la penetró, a la vez que intentaba besarla mientras ella le corría la cara, le decía “por favor no” y lloraba, para luego eyacular y salirse de encima de la ciudadana, momento en que le preguntó “¿alguna vez te abusaron?».

Finalmente, y cuanto al tercer hecho, que «[...] en la ciudad de General Alvear, en fecha 15 de octubre de 2019, siendo aproximadamente las 16:42 horas, la Sra. E.M.D. llamó desde su teléfono celular N° 2625-638401 a su pareja el Sr. J O G al celular N° 2604-605674, a los fines de notificarle que se iba a quedar en la casa de su hermana P B D, oportunidad en la que el imputado G comenzó a insultarla y luego le profirió en tono amedrentante “que no te agarre por la calle, no vaya a ser que yo te agarre por la calle, porque lo que me estás haciendo, lo que me estás haciendo a mí no tiene perdón, tené cuidado, tené mucho cuidado...no me hagas que me ponga cabrón...vos querés que termine todo para la re bosta...yo quiero que estés ahí, vos no estás y se va armar toda la cagada que se tenga que armar, no me importa nada...porque si tiene que terminar, se va a terminar de la peor manera, ya estás sabiéndolo...tené cuidado vos crees que yo no puedo hacer cosas...”, generando de esta manera miedo y temor en la persona de la víctima».

Asimismo, el sentenciante absolvió a J O G T por falta de acusación fiscal por el siguiente hecho: «[...] en la ciudad de General Alvear, en fecha 26 de octubre de 2019, siendo aproximadamente las 19:50 horas, el imputado J O G T, se apersonó en el domicilio sito en calle 7, Barrio, donde se encontraba su ex pareja E.M.D., quien por temor al advertir su presencia se resguardó en una habitación de la vivienda. Seguidamente el acusado se dirigió hacia dónde se encontraba E.M.D., quien intento salir de la habitación, oportunidad en la que G ingresó a la pieza, cerró la puerta, manifestándole a la víctima “dame el celular, vos no te vas a ir porque tenemos que hablar”, privándola de esta manera, contra su voluntad de poder salir del lugar hasta el arribo del personal policial».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de E.M.D., P B D, E V S, M Á O G, el Dr. Nicolás Beresiarte y las Licenciadas Johana Santarossa, Fátima Rossi y Gabriela Jéssica Lima; la declaración del acusado; el informe de valoración de riesgo, el informe sobre los exámenes psicológico y ginecológico realizados a E.M.D.; los informes de los exámenes psicológico y psiquiátrico de J G; así como el desgrabado de una llamada telefónica realizada entre la denunciante y el acusado.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Sostiene que la sentencia es nula por no haberse observado las reglas de la sana crítica con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo.

Considera que el tribunal de sentencia no realizó una valoración global de la prueba que permita resolver, mediante la sana crítica racional, los hechos denunciados.

Considera que el sentenciante manifestó que el encartado amenazó de muerte a la víctima en forma expresa. Sin embargo entiende que en el desarrollo del debate no surgió ninguna manifestación por parte del encartado amenazando de muerte a la víctima. Es decir aclara que el extremo «te voy a matar» no estuvo en todas las manifestaciones del debate ni en el expediente.

Asimismo, expresa que el sentenciante relativizó el testimonio de la testigo V S, ex pareja del encartado, desde el punto de vista de observación de concepto. Aduce que en los casos de abuso sexual sólo se pondera la declaración de la víctima dado que se está en una situación de privacidad, por lo que considera que lo único que queda para contrarrestar esa declaración es demostrar que el encartado es una buena persona, tal como surge de los dichos de los testigos y de su ex pareja. Al respecto, el recurrente sostiene que de las declaraciones se rescata que el encartado no es violento y que es un buen padre de familia, no sólo por el cumplimiento de la cuota alimentaria sino por ser un padre presente con respecto a sus hijas.

Señala que sólo se valoró el informe de los profesionales psicólogos y no el informe psiquiátrico, donde se manifestó que el encartado no es una persona que padeciera alguna patología o un perfil psicópata. Por lo que el recurrente agrega que: «[...] si nos metemos en las sábanas de un matrimonio tenemos que ver la otra parte no quedarnos en la sola declaración de la víctima, se tiene que analizar en forma integral las pruebas ofrecidas» (fs. 285 vta.).

Asimismo sostiene que el médico del Cuerpo Médico Forense indicó en su informe que no existía daño en la vagina de la denunciante dado que el tiempo transcurrido podría borrar todo tipo de lesión. Al respecto el recurrente considera que una persona enferma, pervertida y violenta se manifiesta en sus comportamientos cotidianos.

También refiere que el cuarto hecho que se atribuyó al acusado debería haberse resuelto desde el comienzo, en tanto estima que la demora en absolverlo perjudicó el derecho de defensa, en tanto la defensa técnica tuvo que dedicarse a este hecho Dte todo el proceso cuando podría haberse concentrado en los otros hechos de la causa.

Por último, considera que se demostró la motivación permanente de las hermanas D de perjudicar al encartado, de verlo detenido por despecho. En función de los argumentos expuestos solicita informar oralmente el recurso.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio promovido y confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Ello, por cuanto considera que el sentenciante realizó la valoración integral de las pruebas e indicios obrantes en la causa bajo las reglas de la sana crítica racional, así como una correcta aplicación del derecho sustantivo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar.

Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación. Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. **LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177**, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuyen diversos hechos que, como se dijo, fueron calificados como privación ilegítima de la libertad agravada por el sujeto pasivo, abuso sexual agravado por el acceso carnal y amenazas simples. En todos ellos, la denunciante es su ex pareja, E.M.D.

De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (**UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus

manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] **(art. 16)**».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” **(art 31)**». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que

resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «**Ojeda Pérez**»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «**Zurita**»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «**Zurita**»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989**) –conf. «**Zurita**»–.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y

violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Tal como se adelantó de manera preliminar, luego de analizando el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que ésta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente. Ello en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de E.M.D. y demás testigos que declararon durante el debate, así como la declaración del acusado; elementos que el sentenciante valoró de manera integral, contextualizada y con la debida perspectiva de género y conforme las normas de la sana crítica racional.

En primer lugar debo señalar que el tribunal de sentencia valoró acertadamente la totalidad de los dichos de la denunciante, con respecto a los tres hechos denunciados, otorgándole credibilidad a su testimonio a partir de la comprobación de indicadores de verdad en el mismo. Así, el sentenciante consideró que el relato de E.M.D. era coherente, lógico, inestructurado, con detalles superfluos, inalterables en todas las declaraciones y entrevistas, acompañadas de un estado emocional intenso. Asimismo refirió que su relato se encontraba también acreditado con las declaraciones de los testigos, y con la prueba científica y psicológica.

De este modo, surge evidente que la impugnación no constituye una crítica razonada de la resolución, sino una mera discrepancia de la defensa con el criterio valorativo que utilizó el a quo en el análisis probatorio, sin aportar razones que descalifiquen los argumentos del sentenciante.

Esta discrepancia se evidencia cuando el recurrente afirma que en el desarrollo del debate no surgió ninguna manifestación por parte del acusado amenazando de muerte a la víctima. Según entendió acertadamente el juez de la instancia anterior no existía ninguna duda acerca de la existencia material de

las amenazas de J G hacia E.M.D. Esto en razón de que la prueba objetiva incorporada a la causa no hacía más que corroborar los dichos de aquélla.

Así, del informe sobre el desgrabado de la llamada telefónica entre J G y E.M.D. realizada el 15 de octubre de 2019, surge que aquél le manifestó a esta última que «[...] yo cuando vaya quiero que estén bien, ¿vos no estás? y se van a armar todas las cagadas que se tengan que armar, no me importa nada, porque yo hago cosas por vos, yo hago mucho, mucho más de lo que vos crees que yo hago, hago mucho por vos, así que ponete a pensar un poquito fijate (no se entiende), pensá bien, pensá bien, porque si se tiene que terminar, se va a terminar de la peor manera, ya estas sabiéndolo [...] porque yo soy muy bueno. Con vos he sido muy bueno y te he dado todo, todo, todo lo que se te ocurra te he dado, así que tené cuidado con lo que vas hacer, tené cuidado [E.M.D.], porque si tengo que perder todo voy a perder todo. Que vos crees que yo no soy capaz de hacer cosas?, si tengo que perderlas las voy a perder (no se entiende) pero ahí te vas a dar cuenta» (fs. 201 vta.).

Si bien el acusado, durante la conversación telefónica, no le manifestó concretamente a la víctima «te voy a matar», el sentenciante acertadamente sostuvo que lo cierto es que G le anunció a E.M.D. un mal posible, generándole temor, en tanto la víctima fue muy elocuente y gráfica al señalar que después de ese llamado telefónico, a pesar que sabía que el acusado no se encontraba en General Alvear, pensaba que podía hacerse presente o que la estaba siguiendo u observando. Esto demuestra el grado de temor que le habían provocado las expresiones de G.

Es segundo lugar, debe resaltarse que la situación de violencia de género que E.M.D. atravesaba y las amenazas proferidas por el acusado surge contundente de lo informado por la licenciada Johana Santarossa en el informe de valoración de riesgo realizado a E.M.D., donde señala que «[s]e detecta una modalidad vincular asimétrica, en la cual el varón adopta una posición superior, de control y dominio de la relación, en forma predominante [y] ello está asociado a celos y conductas controladoras. En relación a ello se detecta en la examinada actitudes de acomodación, sometimiento y obediencia como modos de controlar la emergencia de conflictos y agresiones en su gran mayoría verbales». También refiere que «[s]e detectan patrones compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, consistentes en restricción de la participación social, obstaculización de relaciones de amistad, control continuo de sus movimientos, acusaciones recurrentes de engaño, control de arreglo personal. Manifiesta insultos, descalificaciones, humillaciones y trato hostil. Refiere que ante planteos de separación por parte de ella, su pareja la amenaza que la va a matar diciendo “Si esto tiene que terminar va a terminar mal” (sic)». De tal manera «[p]or el relato de la denunciante y los hechos narrados un gran temor hacia el Sr. G, la percepción de peligro de muerte es alta». Por último, concluyó que «[e]n función de lo evaluado la estimación de riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital es ALTO» (fs. 42 y vta.).

En coincidencia con ello, las licenciadas Fátima Rossi, Johana Santarossa y Jessica Lima, perito de parte, en la pericia psicológica realizada a la víctima señalaron en el punto 17) que «[s]e advierte en la joven indicadores de ser víctima de violencia de género, en tanto se observa durante las entrevistas un gran monto de angustia, sensación de ahogo, inestabilidad, hipervigilancia, insomnio, fatiga, disminución de la autoestima, falta de concentración, dificultad para tomar decisiones por sí misma. Escasas relaciones sociales, conductas de aislamiento. Sentimientos de culpa, y vergüenza. Relata sentimientos de temor y humillación debido a la hostilidad verbal y no verbal reiterada por parte del denunciado hacia su persona, tales como amenazas, exigencias de obediencia, insultos, privación de la libertad, descalificación,

manipulación afectiva. Vejaciones con agresión de índole sexual» (fs. 136). Con respecto a la **credibilidad de los hechos relatados por la víctima** en las entrevistas periciales, manifestaron en el punto 21) que «[n]o presentan contradicciones, es un relato espontáneo, inestructurado, presenta coherencia lógica, aporta amplios detalles temporales, espaciales y superfluos. Lo narrado está inserto en un contexto espacio-temporal rico y complejo posee engranaje contextual. Da cuenta de su estado mental subjetivo, aporta diálogos y describe interacciones con el denunciado. Su relato posee suficientes indicadores que lo tornan creíble» (fs. 138).

En función de lo señalado es correcto el razonamiento del sentenciante al manifestar que «[e]l informe pericial es compatible con lo que se pudo observar al escuchar y ver el testimonio de la Sra. [E.M.D.] en la audiencia de debate, detalló todos y cada uno de los hechos denunciados con coincidencia entre fechas, lugares, horarios [...] como así también las declaraciones que en la audiencia de debate realizaran las Licenciadas Santarossa, Lima y Rossi quienes corroboraron, resaltaron varios de los aspectos del informe pericial. Ninguna de ellas, incluida la perito de parte, generó duda respecto de la veracidad y la credibilidad del relato» (ver registro audiovisual, audiencia del 8/5/2020, tercera parte, a partir del minuto 50:30).

En tercer lugar, considero que tampoco tiene entidad para conmovir la decisión del sentenciante las alegaciones de la defensa en relación a la relativización del testimonio de la testigo V. S., ex pareja del acusado. Considero que la crítica no hizo eco de los argumentos que esgrimió el a quo en relación a este punto, en tanto expresó que la testigo nada dijo respecto al hecho investigado, sino que por el contrario sólo se refirió a su buena relación con G, por lo que dicha prueba de descargo no es referente a los hechos denunciados por la víctima en sí mismos, sino que brinda un concepto de cómo fue su vida junto al acusado.

En cuarto lugar, la alegación relativa a que el médico psiquiatra manifestó que el encartado no es una persona que padezca alguna patología o un perfil psicópata, no tiene entidad alguna para rebatir las conclusiones a las que arribó el sentenciante. Esto en razón que aquellas conclusiones no refutan el cuadro convictivo global que generan las restantes pruebas, en particular, y como se detalló, la declaración de E.M.D., el informe de valoración de riesgo y la pericia psiquiátrica.

Asimismo, coincido con el señor Procurador General en cuanto a que en el examen psicológico en ningún momento se habla de una patología o enfermedad psíquica del acusado, sino de características psicológicas como falta de capacidad empática, el escaso control de impulsos, la falta de reconocimiento de responsabilidad en sus comportamientos.

Estos elementos no se vinculan con características relacionadas a la perversidad o a psicopatía alguna, por lo que no se alcanza a determinar cuál es la arbitrariedad u omisión que pretende endilgar el recurrente al análisis realizado por el a quo. En el mismo sentido, considero que la contundencia de los elementos de prueba permiten descartar el agravio vinculado a afirmar que una persona enferma, perversa y/o violenta debería tener comportamientos cotidianos de este tipo que debieron verse reflejados al momento del examen físico de la víctima.

Por último, es improcedente el agravio que expresa que se afectó el derecho de defensa del acusado. Según el recurrente, la circunstancia que la representante del Ministerio Público Fiscal desistiera de la acusación, por falta de prueba, por el cuarto hecho atribuido al acusado, afectó el derecho de defensa del acusado en tanto si ello hubiera ocurrido al comienzo de la investigación la actividad defensiva podría

haberse concentrado en los demás hechos endilgados. Al respecto debe decirse que lo cierto es que la defensa no explica, y tampoco se advierte, de qué manera se vio afectada de manera concreta la actividad defensiva, lo que lleva a desestimar el planteo.

En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto el sentenciante sustentó su decisión en el análisis integral y contextualizado de las pruebas obrantes en la causa, las que ponderó con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Zurita**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J O G T. Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

Asimismo señalé en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia

de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de J O G T.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **4- DONOSO AGUILERA. 01-03-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	CR	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis, 2° párrafo, 239, 62 inc. 2°, 67, 6° párrafo, inc. d y e del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Amenazas simples. Resistencia a la autoridad. Desobediencia. Prescripción de la acción. Causal interruptiva. Valoración de la prueba. Conversaciones telefónicas. Reglas de Mallorca.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** con los beneficios de la ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas en concurso real con amenazas simples (art. 149 bis párr. 2°, art. 55, art. 149 bis párr. 1° primer supuesto, todos del CP.) y del delito de resistencia a la autoridad (art. 239 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 446, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

Párrafos destacados

*“De acuerdo a lo hasta aquí analizado, estimo que resulta forzoso concluir en que el informe en el que consta el desgravado de los audios de las **conversaciones telefónicas** entre la víctima y el imputado (fs. 95/105), es un elemento de prueba que ha ingresado válidamente al proceso. Por lo que no existe obstáculo legal que impida al tribunal de la instancia anterior incluirlo dentro del catálogo de elementos*

de convicción sometidos a su labor valorativa de la prueba. Además de resultar descartada su procedencia ilegítima en los términos genéricamente alegados por las recurrentes, se trata de prueba oportunamente ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal (ver fs. 360), admitida por el tribunal de la instancia anterior (fs. 361), y, además, incorporada legalmente al debate como prueba instrumental con el consentimiento de las partes.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-04789774-7() D. A. D. D. (76074) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104869026*

En Mendoza, el día primero del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04789774-7 caratulada **“F. C/D.A.D.D. P/AMENAZAS COACTIVAS EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES S/CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

Las defensoras de D.D.D.A. interponen recurso de casación (fs. 700/710) contra la sentencia N° 446 de fecha 13 de marzo de 2019 (fs. 673 y vta.) y sus fundamentos (fs. 674/688 vta.) mediante la que se condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión con los beneficios de la ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas en concurso real con amenazas simples (art. 149 bis párr. 2°, art. 55, art. 149 bis párr. 1° primer supuesto, todos del CP.) investigado en autos N° P-76.074/16, y del delito de resistencia a la autoridad (art. 239 del CP) investigados en los autos N° P-77.670/16; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, actuando en forma colegiada.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] para fecha 01 de agosto de 2.016, aproximadamente a las 10.30 horas, en momentos en que la víctima S. T. G. G. se encontraba en el domicilio sito en calle I. I. C. D. M. F. B., casa de C., departamento de G., mantuvo comunicación telefónica con el sindicato D.D.D.A., y previo a mantener una discusión con el mismo, éste le manifestó: “M. S. yo te voy a decir una cosa, que te quede claro, y ahora sí agarrá miedo, si te engancho en la calle hija de puta, te llevas al G. y te pego un tiro en la cabeza, me van a sacar el arma, pero tengo otra, vos te llevas al G. y yo te pego un tiro en la cabeza culiada, asique fijate que es lo que vas hacer, si querés tener miedo, yo te voy a meter miedo, hablá con quien tengas que hablar, andate a donde se te cante el culo, pero vos sabes que yo soy un hijo de puta, y te voy a encontrar y así vos sabrás, te queda claro?».

Y que «[...] el día 01 de agosto de 2.016, aproximadamente a las 18.00 horas, mientras la víctima S. T. G. G. se encontraba radicando la denuncia en sede de esta Oficina Fiscal N° 6, sito en calle L. M. 2331 de L. H., en contra de su pareja D.D.D.A., mantuvo comunicación telefónica con el sindicato quien le manifestó “olvídate de tu carrera, vos acordate, te voy a hacer mierda, te voy a cagar la carrera”» (en relación a los hechos investigados en autos N° P-76.074/16; fundamentos, fs. 676 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba permitía concluir sobre la concurrencia de los hechos intimados y la participación –en carácter de autor– del acusado en los mismos.

Particularmente, a partir del testimonio de la víctima S.T.G.G., cuyos términos estimó respaldados en los restantes elementos de prueba incorporados, entre ellos: el acta de denuncia de fs. 2 vta., el acta de fs. 16, el acta de requisa de fs. 36, el informe del desgravado de los audios de fs. 95/105, el informe de la compañía telefónica “Claro” de fs. 274/281, la resolución del Tercer Juzgado de Familia de fs. 170/171, los informes psicológicos y psiquiátricos realizados a la denunciante de fs. 222 y fs. 444 respectivamente, y el informe sobre el examen psíquico del imputado de fs. 207. A su vez, y en lo referido a los hechos analizados en los autos N° P- 77.670/16, el acto sentencial criticado tuvo por probado que «[p]ara fecha 01 de agosto de 2.016, aproximadamente a las 19.00 horas, en el Barrio M., fracción B, casa 03 de G., se hizo presente el Oficial Principal D. R. D., junto con el Oficial A. M. M., con una orden de los autos N° P-76074/16 de notificación y traslado del funcionario policial D. D. a Comisaría 36°, Oficina Fiscal N° 6. D., al enterarse de la medida, tomó su arma reglamentaria con su mano y les manifestó a los policías que no iba a ir a ningún lado. D. hizo lo propio con su arma reglamentaria y ambos se apuntaron, el oficial principal intentando que se calme y el otro con actitud reticente a cumplir la orden.

En ese marco D. D. cargó su arma accionando la corredera de la pistola, mientras lo insultaba y le manifestaba que lo iba a matar, también que iba a matar a su concubina porque era su culpa, y que no iba a ir a ningún lado.

Transcurridos unos minutos, arribaron al lugar distintas movilizaciones policiales y el Grupo G.E.S. Luego de una hora y media, D. depuso su actitud al verse rodeado por los efectivos y tras un encuentro con los mediadores policiales» (en relación a los hechos investigados en autos N° P-77.670/16; fundamentos, fs. 681 vta.).

Para llegar a esa conclusión, el tribunal de mérito examinó las declaraciones testimoniales de M.E.M. –Ayudante Fiscal interviniente–, de los efectivos D.D. y M.M. –personal policial de la Subcomisaria de Corralitos, Guaymallén–, y de A. A.. Cuadro probatorio que se complementó con el acta de procedimiento de fs. 1, el acta de secuestro de fs. 3, el informe de policía científica de fs. 40/41, el informe de sucesos de fs. 42/49, y el informe de la División de Delitos Tecnológicos de fs. 55/57.

2.- Recurso de casación

Las recurrentes promueven su impugnación contra la resolución antes individualizada a tenor de lo dispuesto por el art. 474 incisos 1° y 2° del CPP., esto es, por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Desde la órbita de lo que suponen los vicios sustanciales, expresan que el tribunal de juicio no ha observado normas de carácter material referidas a la extinción de la acción penal por haber operado la prescripción respecto de alguno de los delitos investigados.

Al respecto, advierten que las requisitorias fiscales de citación a juicio de fs. 291/295 de los autos N° P-76.074/16, y de fs. 148/155 de los autos N° P-77.670/16, son de fecha 29 de diciembre de 2016. Refieren que esas piezas fueron apeladas por la defensa particular, y confirmadas por el Juzgado de Garantías mediante resolución de fs. 311/312 y fs. 170/171 respectivamente, emitida luego de celebrarse la audiencia respectiva el 23 de febrero de 2017.

Expresan que desde esas fechas hasta la sentencia condenatoria pronunciada el 13 de marzo de 2019, transcurrió en exceso el plazo previsto para la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de amenazas simples y resistencia a la autoridad, por lo que la facultad persecutoria del Estado se ha extinguido.

Asimismo, consideran que esa excesiva duración del proceso ha provocado una violación en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, lo que se revela incuestionable dado que D. A. padeció una privación de libertad que se extendió por dos años, lapso de tiempo que representa el máximo de pena en abstracto prevista para aquellos delitos cuya acción penal se extinguió por prescripción en fecha 29 de diciembre de 2018.

En el tramo del recurso destinado a los vicios formales, aducen que los fundamentos de la sentencia son arbitrarios, ilegítimos y desprovistos de valoración imparcial, lo que vulnera el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Como primer punto de agravio, se quejan que el tribunal de juicio incluyó en su actividad valorativa, elementos de convicción incorporados a la causa irregularmente.

Ello por cuanto, según interpretan, las pruebas incorporadas al proceso mediante la violación de garantías constitucionales, no pueden tener eficacia conviccional alguna y, por ello, no pueden ser incluidas dentro de la actividad de valoración desarrollada por el tribunal de mérito (arts. 198 inc. 3° y 207 del CPP).

Sobre el particular, entienden que no se debió valorar el desgravado de las comunicaciones telefónicas que dijo realizar la denunciante de fs. 95/105, puesto que esa operación se realizó sin la intervención de la defensa.

A lo que agregan que las conversaciones a que se refieren los mencionados desgravados, no fueron reproducidas durante el curso del debate.

De este modo, expresan que las omisiones referidas impidieron realizar los controles propios que supone el ejercicio del derecho de defensa, lo que –según su criterio– torna de ilegítima la motivación del fallo en crisis.

Por lo tanto, al haberse valorado en la sentencia las probanzas aludidas, no sólo han resultado inobservadas las normas procesales citadas sino, también, otras de raigambre constitucional, tales como el art. 18 de la Constitución Nacional, como también, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales que conforman el denominado «bloque constitucional federal», particularmente, las reglas número 12.5 y 13 contenidas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (**“Reglas de Mallorca”**).

En virtud de todo ello, la transgresión de la normativa reseñada por parte de la actuación policial, provoca no sólo la contaminación del proceso posteriormente instruido, sino de la propia sentencia en recurso.

Como segundo punto de agravio, critican la interpretación que hace el tribunal de mérito de la declaración de la denunciante, al considerar que su testimonio adolece de innumerables contradicciones respecto de los horarios de las llamadas telefónicas y, particularmente, acerca del lugar en que se encontraba al momento de los hechos.

Refieren que la información aportada por ella no se condice con la incorporada en el acta labrada en la oficina de Asuntos Internos de la Inspección General de Seguridad, pieza en la que consta que el 1 de

agosto de 2016, a las 8:35 hs., la dicente hizo entrega de su arma reglamentaria y, además, que se constituiría a los tribunales de Familia y en la Oficina Fiscal N° 6.

Desde allí interpretan que es imposible que se encontrara en el domicilio en que afirmó haberse hallado, dada la distancia entre éste y el Juzgado de Familia, al que efectivamente concurrió puesto que, ese mismo día, el juez de la materia ordenó una prohibición de acercamiento respecto del imputado.

Suman que fue la denunciante quien admitió haber realizado todas las llamadas telefónicas, lo que justifica la interrelación entre los protagonistas de los acontecimientos, quienes mantenían una relación de pareja. Igualmente objetan que, pese a que al imputado se lo aprehendió con un celular en su poder – fs. 36–, no se ordenó la extracción de datos del mismo a los fines de verificar los dichos de la víctima.

Completan señalando que, a la no acreditación de la identidad entre las voces que aparecen en los audios aportados por la denunciante con la propia del acusado, se le suma la existencia de cuadro de crisis familiar propio de toda separación de una pareja que tiene un hijo en común. Con lo cual, se conforma un cuadro de duda en orden a la ocurrencia de los hechos y, en especial, al marco dentro del cual – supuestamente– se formalizaron las expresiones amenazantes.

Descartan que se encuentre acreditada la idoneidad de las amenazas para constituir un delito penal dado que, para ello, deben ser proferidas con un cierto grado de reflexión, que excluya la exaltación del ánimo propia de una acalorada disputa. Dada esa atipicidad, manifiestan que su representado debe ser absuelto de tales delitos.

En virtud de todo ello, solicitan se haga lugar al recurso interpuesto, casando la sentencia impugnada o, en su defecto, se disponga el reenvío al subrogante legal a fin de que se pronuncie por el sobreseimiento del acusado a tenor de lo previsto por los art. 373 y 353 inc. 4° del CPP, art. 59 inc. 3°, art. 62 inc. 2 y cc. del CP. por los delitos de amenazas simples y resistencia a la autoridad, y/o la absolución del delito de coacciones y amenazas simples a tenor de lo normado por el art. 2 del CPP.

Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 756/758 vta. se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por las recurrentes y de señalar que el recurso procede formalmente, aconseja que no sea acogido desde el aspecto sustancial.

En cuanto a la vigencia de las acciones penales, entiende que estas no están prescriptas como lo alegan la defensa del imputado, dado que se produjeron actos procesales que interrumpieron el curso de la prescripción a los términos del art. 62 inc. 2 del CP, los que no fueron considerados por las letradas.

Respecto de los cuestionamientos sobre la valoración de la prueba, manifiesta que el tribunal de juicio ha interpretado debidamente todos los elementos de convicción, de manera conjunta e integral, lo que le valió de la certeza requerida en esta instancia procesal para el dictado de un pronunciamiento de condena.

Por un lado, señala que el testimonio de la víctima aparece como la prueba más relevante dentro del razonamiento del a quo, lo que resulta adecuado dada la credibilidad reconocida y la corroboración de sus dichos mediante otros elementos probatorios e indiciarios colectados.

Entre los cuales se destaca el desgravado de las comunicaciones telefónicas obtenidas por la entrega que efectuó la denunciante de los respectivos audios, debidamente incorporado al debate como prueba instrumental.

Refiere que las supuestas discordancias apuntadas por la defensa en cuanto a los horarios y lugares, han sido debidamente tratadas –y descartadas– por el tribunal de sentencia, al no resultar relevantes a la solución del caso.

Por otro lado, estima que el planteamiento defensivo sobre aquellas pruebas que no fueron solicitadas y/u ordenadas oportunamente y que sugieren las recurrentes debieron haberse realizado, resulta infructuoso en esta instancia.

Por todo ello, entiende que debe rechazarse el recurso de casación intentado y, en consecuencia, confirmarse en su totalidad la sentencia impugnada, dado que los agravios enumerados por las quejas, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al cuadro probatorio e indiciario por el a quo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

A los fines de fundar la solución anticipada, y de acuerdo a la estructura del recurso y los agravios formulados, entiendo que el caso de análisis plantea los siguientes problemas a resolver: en primer lugar, la vigencia de la acción penal; en segundo orden, la valoración de la prueba; y, finalmente, la aplicación de la ley penal sustantiva en la calificación legal de los hechos.

a. La vigencia de la acción penal

Ante todo, cabe señalar que el examen de la cuestión relativa a la posible extinción de la acción penal por prescripción resulta una cuestión previa a analizarse en materia recursiva porque, de comprobarse que desde la comisión del ilícito ha transcurrido el lapso de **tiempo autoimpuesto por el Estado –en el marco del ejercicio de su poder punitivo– como límite temporal** para llevar adelante la persecución y castigo de los delitos penales, establecido legalmente según la punibilidad prevista en abstracto en cada caso, resultaría sobreabundante ingresar en el análisis de los demás agravios invocados por las recurrentes, sean estos de orden formal o sustancial.

De acuerdo a lo que surge del contenido del escrito recursivo, las defensoras del imputado sostienen que el tribunal de sentencia ha inaplicado normas de orden material, al no declarar prescriptos los delitos de amenazas simples y de resistencia a la autoridad, enrostrados al imputado en el marco de los autos N° P-76.074/16 y N° P-77.670/16 respectivamente, porque transcurrió en exceso el máximo de tiempo que la ley prevé como pena en abstracto para cada uno de ellos.

No comparto los argumentos dados por las recurrentes para sustentar su posición, desde que la compulsiva de las actuaciones procesales cumplidas en ambas causas a partir del momento de la comisión de aquellos, despeja todo margen de duda sobre la operatividad de la extinción de la pretensión represiva

estatal por el transcurso de los plazos legales fijados para cada uno de ellos y, por tanto, confirma la plena vigencia de las acciones penales inherentes a tales delitos.

En efecto, examinados los presentes obrados y la causa acumulada, se advierte que los actos interruptivos de las respectivas acciones penales que –de conformidad con lo previsto por el art. 67 párr. 6° del Código Penal– se registraron en el presente proceso son: i) la orden de tomar declaración indagatoria al acusado –avoque–, de fecha 01/08/16 (fs. 11/12) en autos N° P-76.074/16, y de fecha 02/08/16 (fs. 18 y vta.) de autos N° P-77.670/16; ii) los requerimientos acusatorios de elevación a juicio, ambos de fecha 29/12/16 (fs. 291/295 y fs. 148/155, respectivamente); iii) la citación a juicio, de fecha 27/03/17 (fs. 321 y 181, respectivamente); y, finalmente, iv) la sentencia condenatoria, pronunciada el día 13/03/19 (fs. 673 y vta. de los autos N° P-76.074/16).

De esta manera, se observa con claridad que luego de los **requerimientos** de elevación a juicio formulados por la representante del Ministerio Público Fiscal en ambos expedientes –autos N° P76.074/16 y N° P-77.670/16– el curso de la prescripción de las acciones penales respectivas se interrumpió debido al dictado de otro acto procesal al que, la propia legislación, le atribuye ese efecto (art. 67 párr. 6° inc. d del CP).

De acuerdo a ello, las referidas acciones penales –eventualmente– hubieran prescrito el día 27 de marzo de 2019 puesto que, según los delitos atribuidos al enjuiciado, y el plazo máximo de duración de las penas previstos en abstracto para ellos, determina la aplicación del plazo mínimo legal señalado en el art. 62 inc. 2° última parte de la ley sustantiva.

Efecto que no se produjo dado que, con posterioridad a tales actuaciones, y previamente al fenecimiento de aquel término legal, el tribunal a quo dictó la sentencia condenatoria que aquí resulta discutida, dictada en fecha 13 de marzo de 2019.

Pronunciamiento que, también, ha sido previsto por la ley como causal interruptiva de la prescripción de la acción penal, según lo normado por el art. **67 párr. 6° inc. e) del CP**.

En definitiva, sin necesidad de otras consideraciones, entiendo ha quedado suficientemente demostrado que las acciones penales que subyacen a la existencia del procedimiento penal, según la normativa sustantiva específica de la materia, continúan vigentes.

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, cabe mencionar que no escapa a quien suscribe la consideración respecto de la extensión de la detención cautelar que sufriera el sujeto sometido a proceso.

Es que, como bien lo apunta la defensa, de las constancias de la causa se comprueba que D. A. estuvo privado de su libertad desde el 01 de agosto de 2016 hasta el 30 de julio de 2018, situación que resultó morigerada por la conversión de su detención en prisión preventiva bajo la modalidad de prisión domiciliaria dispuesta en fecha 8 de setiembre de 2016 (ver resolución de fs. 123/126 y fs. 82/87 de los autos N° P-76.074/16 y P-77.670/16, respectivamente).

Ahora bien, más allá de lo observable que ello pueda resultar, estimo que la situación descripta no puede ser calificada en los términos pretendidos por la defensa, cuando refiere que esa duración de la privación de libertad ha vulnerado el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, a los términos del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b. Acerca de la labor valorativa de la prueba efectuada por el tribunal de sentencia

De manera preliminar he de señalar que, si bien en la resolución cuestionada el tribunal a quo se pronunció sobre tres hechos distintos e independientes, la defensa del imputado sólo impugna el razonamiento probatorio de tipo incriminante seguido respecto de solo dos de ellos.

Según se desprende del contenido del libelo casatorio, no se pone en tela de juicio la existencia material ni la autoría del imputado respecto del delito de resistencia a la autoridad, que constituyó el objeto del proceso ventilado en los autos N° P-77.670/16.

Sino que sólo se controvierte la contundencia probatoria respecto de los delitos de amenazas simples y amenazas coactivas, investigados en el marco de las actuaciones N° P-76074/16.

Efectuada esa aclaración previa, y circunscribiéndonos al marco de queja reseñado, compruebo que el núcleo de la crítica recursiva se ubica en la disconformidad acerca de la posibilidad de condenar a D.A. con el grado de certeza alcanzado a partir de lo que su defensa considera prueba insuficiente e ilegítimamente valorada.

Al respecto, cabe adelantar que –en mi criterio– la motivación del fallo condenatorio cuestionado resulta suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en la especie no ocurre.

Lo afirmado precedentemente resulta de advertir que la ponderación de los medios de prueba contenida en la sentencia se ha llevado a cabo adecuadamente por el tribunal de mérito, quien no sólo respetó los principios de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, sino que, además, detalló los elementos de convicción, el valor otorgado a ellos y los cotejó unos con otros de manera de tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Para, desde allí, analizar la hipótesis acusatoria, a la que el tribunal a quo juzgó como debidamente acreditada, y descartar paralelamente la hipótesis defensiva, la que es refutada con argumentos convincentes que son compartidos en esta instancia. Ingreseemos ahora en el tratamiento concreto de los agravios de las casacionistas.

b.1. Como primer punto de agravio formal, las defensoras plantean que la sentencia resulta nula porque el tribunal de juicio incluyó dentro de su tarea valorativa, elementos de convicción que fueron incorporados irregularmente al proceso.

Concretamente, cuestiona que se haya valorado el desgravado de las comunicaciones telefónicas que glosan agregadas en la causa, al que cuestionan por haberse producido durante la investigación penal preparatoria sin la intervención de la defensa del acusado, lo que impidió efectuar la labor de contralor que hace al ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Inversamente a lo sostenido por las defensoras, aprecio que de ningún modo puede sostenerse que el tribunal de juicio basó su decisión condenatoria, parcial ni indirectamente, en un elemento de prueba logrado e incorporado a la causa mediante el quebrantamiento de derechos o garantías fundamentales.

Por el contrario, toda la prueba que integró el plexo probatorio, y que constituyó el material sobre el que los magistrados intervinientes desarrollaron su labor ponderativa, no sólo fue producida y sustanciada conforme a la normativa procesal respectiva, sino que, además, luego ingresó al debate en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y, especialmente, contradicción.

Ahora bien, advierto que las recurrentes no cuestionan la legalidad de la captación y grabación de las conversaciones mantenidas entre la víctima y el imputado, con las que se registraron digitalmente las manifestaciones verbales de tipo amenazantes vertidas por éste último respecto de aquella.

Repárese que **no nos encontramos aquí ante un supuesto de intervención de comunicaciones a los términos del art. 229 del CPP**, puesto que sólo se trata de la grabación de conversaciones telefónicas que efectúa uno de los interlocutores –la víctima–, las que luego resultaron inmediatamente aportadas y puestas a disposición de la autoridad judicial competente.

Sino que el aspecto controversial aparece circunscripto a las tareas que luego se realizaron sobre las aludidas grabaciones, es decir, sobre la extracción y transcripción –documentación por escrito– de los audios aportados por la víctima de autos, y que fuera cumplida por personal de la Unidad Investigativa de Delitos Complejos de la Policía de Mendoza (ver informe de fs. 95/105) a solicitud del órgano a cargo de la investigación.

Debo decir que bajo ningún aspecto se observan en la solicitud ni en la materialización de esas operaciones técnicas, vicios o irregularidades con la virtualidad jurídica nulificante pretendida por las recurrentes, quienes sostienen que esas probanzas son nulas porque, con ellas, se violaron garantías constitucionales vinculadas al debido proceso y al ejercicio del derecho de defensa.

Lo afirmado en el párrafo anterior resulta de apreciar que, por un lado, no se trata de actos que por su naturaleza o características deban ser considerados como definitivos e irreproducible y que, por tanto, exijan –bajo pena de nulidad– la previa notificación a la defensa de la persona sometida a proceso para intervenir en su realización (arts. 320, 321 y 342 del CPP). Con lo cual, su realización de oficio, en nada afecta el normal y regular desenvolvimiento del proceso.

Por otro lado, porque la parte que aquí se interesa en cuestionar la legalidad de esos desgravados, tuvo efectivamente la oportunidad de controvertir su existencia dentro de la etapa procesal pertinente. Incluso pudo solicitar la repetición de esa labor técnica, ya que nada impedía reiterar la reproducción de las grabaciones y la transcripción de las conversaciones en cuestión.

Sin embargo, del derrotero de actuaciones a la vista, no resulta la existencia de ninguna presentación ni cuestionamiento defensivo por el que se exteriorice y justifique algún interés concreto y efectivo al respecto.

De acuerdo a lo hasta aquí analizado, estimo que resulta forzoso concluir en que el informe en el que consta el desgravado de los audios de las conversaciones telefónicas entre la víctima y el imputado (fs. 95/105), es un elemento de prueba que ha ingresado válidamente al proceso.

Por lo que no existe obstáculo legal que impida al tribunal de la instancia anterior incluirlo dentro del catálogo de elementos de convicción sometidos a su labor valorativa de la prueba.

Además de resultar descartada su procedencia ilegítima en los términos genéricamente alegados por las recurrentes, se trata de prueba oportunamente ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal

(ver fs. 360), admitida por el tribunal de la instancia anterior (fs. 361), y, además, incorporada legalmente al debate como prueba instrumental con el consentimiento de las partes (al respecto, ver constancia de audiencia de debate de fs. 663, y fundamentos de fs. 675 y vta.).

Todo lo cual justifica el rechazo del punto de agravio en tratamiento. b.2. Como segundo motivo de agravio, las recurrentes niegan que la prueba que acompaña la causa permita alcanzar el grado de convicción exigido para un pronunciamiento condenatorio.

Es decir, para afirmar con certeza que Donoso Aguilera cometió los delitos de amenazas simples y amenazas coactivas contra la denunciante, atribuidos en el marco de los autos N° P76.074/16.

Ante todo, y del modo en que lo adelantara, estimo que los jueces de sentencia han valorado adecuadamente todos los elementos de convicción que integraron el plexo producido y debidamente incorporado al proceso, de acuerdo a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional –cuyo apartamiento ni siquiera es puesto en tela de juicio por las letradas (ver recurso, fs. 707 vta.)–.

Esa labor les permitió –acertadamente, a mi juicio– comprobar en su totalidad los extremos de la hipótesis acusatoria en el marco de las actuaciones referidas.

A su vez, advierto que el acierto del tribunal resulta –también– de haber adoptado para el desarrollo de su labor de ponderación de los elementos de convicción, los lineamientos que deben observarse en esa actividad valorativa cuando se juzgan comportamientos delictivos que se suceden dentro de un contexto de violencia de género, en el que, indudablemente, los dichos de la víctima adquieren una especial relevancia. Veamos.

En primer lugar, respecto del argumento referido a las supuestas contradicciones o inconsistencias en las declaraciones de la víctima, circunscriptas por las letradas a aspectos vinculados con el horario en que se produjeron las conversaciones donde se ventilaron los comportamientos denunciados, y respecto de su ubicación física al momento en que tuvieron lugar los hechos intimados, no pueden tener recibimiento favorable en esta instancia.

Ello por dos motivos centrales: primero, porque no se condice con las constancias comprobadas de la causa; segundo, porque giran respecto de circunstancias contingente del relato de los hechos, que de ningún modo inciden o repercuten decisivamente en aspectos centrales de ellos.

En ese orden, comparto con la sentencia cuando afirma que el testimonio de la víctima «[s]e mostró claro, creíble y contundente, con múltiples detalles y contextualizado en tiempo y espacio» (fs. 677), reuniendo sus declaraciones «[l]as características necesarias que permiten otorgarles plena credibilidad» (fs. 679 vta.).

Ello por cuanto, para arribar a esa afirmación, que resultó central para la solución del caso, los magistrados intervinientes efectuaron un minucioso trabajo analítico del contenido intrínseco de sus manifestaciones, cuya veracidad resultó comprobada mediante su corroboración a través de otros elementos periféricos, tales como los informes psicológicos y/o psiquiátricos realizados a la denunciante, y demás elementos de prueba de tipo instrumental e informativa.

Resulta fácilmente comprobable que, desde el primer momento de la investigación, es decir, a escasas horas de la ocurrencia del primero de los hechos, y previamente a concurrir al Juzgado de Familia para solicitar una medida de resguardo sobre su persona y su hijo, la víctima hizo la denuncia pertinente.

En esa oportunidad brindó una descripción detallada de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, las que luego resultaron objetivamente corroboradas.

Así, no sólo se pronunció sobre los conflictos que desencadenaron la conclusión de su relación de pareja con el imputado sino que, tras reconocer que ella fue quien cursó la llamada al acusado, y que lo hizo desde su teléfono oficial –N° 155129453– al móvil del encartado –N° 155750121–, mientras se encontraba en el domicilio de una amiga en Corralitos, puntualizó en que ello ocurrió alrededor de las 10:30 hs.

También precisó los términos verbales utilizados por el imputado para amenazarla, aclarando que había grabado esa conversación. Repárese que esas expresiones amenazantes no solamente fueron apreciadas por la víctima.

Además de ella, también lo hicieron los funcionarios públicos que le receptionaron la denuncia en la Oficina Fiscal N° 6 de Las Heras - Lavalle quienes reprodujeron la grabación y traslinearon textualmente la conversación registrada en el teléfono celular de la víctima, el que fue ofrecido por la dicente para su peritaje (fs. 2).

El mismo detalle se comprueba acerca de las amenazas efectuadas por D. G. en la segunda llamada telefónica, esto es, aquella que se materializó siendo aproximadamente las 18:00 hs, mientras G. se encontraba radicando la denuncia.

En esa oportunidad, aquí también el personal actuante pudo escuchar los términos amenazantes con los que D. A. se refirió a la denunciante, gracias a que ésta, además de grabarla, colocó el teléfono en altavoz (ver fundamentos, fs. 677 y vta.).

Nótese que la eficacia probatoria de ese elemento probatorio –acta de denuncia de fs. 01/04– nunca fue objeto de crítica mediante una redargución de falsedad, por lo que otorga plena fe sobre los hechos cumplidos o pasados ante la presencia del oficial público actuante.

Desde allí, las supuestas contradicciones en orden a los horarios y a la localización de la víctima al momento de ambas conversaciones, pierde todo tipo de sustento a partir de la contundencia de ese instrumento objetivo de prueba

Esta información, además, es correctamente corroborada por el tribunal a quo a partir del informe de la compañía telefónica «Claro» (fs. 274/281), el que comprueba que hubo una llamada telefónica el día 1 de agosto de 2016 a las 10:29 hs desde la línea telefónica N° 2615129453 –que Godoy dijo que era su teléfono oficial- a la línea telefónica N° 2615750121, la que fue transferida por la celda ubicada en la localidad de Corralitos, del departamento de Guaymallén.

Mientras que también confirma que hubo otra llamada saliente y entrante entre las mismas líneas telefónicas a las 17:56 hs, tomada por la celda de Las Heras N° 3, la que evidentemente se corresponde con la llamada efectuada mientras realizaba la denuncia.

Obsérvese, además, que la titularidad de sobre esas líneas tampoco ha sido cuestionada, ya que, además, surge del informe de fs. 278.

En segundo lugar, tampoco existe margen que permita dudar sobre la terminología utilizada por el imputado para amedrentar a la víctima.

A las ya referidas circunstancias, debe agregarse que aquellas alocuciones resultan enteramente coincidentes con el desgravado efectuado por el personal de la Unidad Investigativa Especial, expresado en el informe agregado a fs. 95/105, cuya legalidad ya fue analizada –y ratificada– precedentemente.

En relación a este último elemento convictivo, comparto plenamente el análisis de esa pieza probatoria. En especial, cuando puntualizan respecto de alguno de esos audios extraídos y desgravados (fs. 678). Así, acierta el tribunal de sentencia cuando destaca el audio N° 529, en cuanto permite la determinación de los protagonistas de la conversación, ya que en ellos los interlocutores se refieren entre sí bajo los nombres de «S.» (víctima) y de «D.» (imputado), e incluso, el nombre del hijo de ambos «G.» (ver fs. 103 vta/104 vta.).

Lo mismo cabe mencionar cuando se enfatiza en el valor del audio N° 556, mediante el que se registra aquella llamada efectuada por la víctima al imputado, y donde constan los dichos amedrentadores efectuados por el imputado, idénticos a los que fueron transcriptos en la denuncia (fs. 1/4).

Lo mismo respecto del audio N° 482, desde donde se extrae la segunda amenaza, también reproducida en la denuncia, la que se corresponde, nuevamente, a los mismos interlocutores.

A todo ello no pude obviarse que, como bien lo apuntan los juzgadores, que el propio imputado reconoció el conflicto previo vivido con su entonces pareja, en los mismos términos que los detalló ésta, y admitió que recibió dos llamadas telefónicas de parte de G., que una fue durante el transcurso de la mañana del día 01 de agosto de 2016, mientras que la otra lo fue el mismo día, pero en horas de la tarde (ver fundamentos, fs. 679 vta./680).

Este dato parece haber sido soslayado por las recurrentes, cuando pretenden – infructuosamente– propiciar alguna laguna en el razonamiento del tribunal de juicio que deje lugar a la duda acerca de la correspondencia entre la voz registrada en aquellos audios y la de su representado. Es el mismo D. quien admite haber mantenido esas mismas comunicaciones, limitándose a negar haber amenazado de muerte a la víctima o que la iba a complicar en su trabajo.

Por último, los magistrados intervinientes justipreciaron la credibilidad del testimonio de la víctima, además de todo lo hasta aquí analizado, a partir de los informes elaborados por los profesionales que la trataron a lo largo del proceso.

Particularmente, al informe psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense (fs. 222), donde se descarta la presencia de indicadores de fabulación o mitomanía y, además, se hace hincapié en que la entrevistada presenta características psíquicas que se traducen en una personalidad difícilmente influenciable, o bien, que pueda ser inducida.

Lo que se torna relevante, especialmente, porque uno de los argumentos utilizados en su descargo por el imputado a lo largo de todo el proceso, estuvo estructurado en que todo lo acontecido resultaría de una confabulación en su contra (fs. 678).

A lo cual debe mencionarse, porque nos grafica válidamente el contexto de situación en que el que se hallaba inmersa la víctima, el informe psiquiátrico que fuera practicado a instancias de un requerimiento de la defensa por la Dra. Claudia Gómez y por la Lic. Lara Gema.

En cuanto resulta pertinente, entre otros aspectos, se dejó constancia de: (a) inexistencia de indicadores psíquicos de fabulación ni mitomanía; (b) que la víctima se encuentra inserta en una relación vincular

disfuncional con el imputado, padre de sus hijos, con indicadores psíquicos de maltrato de larga duración, que le generan inhibición y temor; (c) reúne criterios de credibilidad, su relato «es claro, coherente sin ideación delirante, con detalles precisos, lógica interna, con correlato emocional, con angustia por situaciones futuras [...]»; (d) presenta índices de haber sido víctima de violencia.

Cuadro que lleva a las profesionales a sugerir «la no aproximación con el denunciado», además de considerar «favorable la realización de tratamiento psicológico» (ver fs. 444 y vta.).

En base a lo hasta aquí analizado, no puedo sino ratificar el acierto del tribunal de la instancia anterior cuando, tras resaltar la coherencia interna del testimonio de la víctima, descarta «contradicciones o ambigüedades de importancia en su relato [pues] la estructura medular del hecho narrado en diversas oportunidades no contiene fisuras, manteniendo la identidad en su materialidad a lo largo de todo el proceso», además de que señalar que sus dichos cuentan con «la corroboración de circunstancias objetivas periféricas que fortalecen [la] versión original y permiten arribar al grado de certeza que exige una sentencia de condena» (ver fundamentos, fs. 679).

Resta mencionar que el tribunal de juicio no omitió considerar e incluir dentro del razonamiento probatorio el contenido de la declaración efectuada en debate por el imputado quien, si bien reconoció el conflicto previo y aquellas llamadas telefónicas, sólo negó haber amenazado a la denunciante.

De acuerdo a la contundencia del material probatorio cargoso analizado, comparto con los sentenciantes que cuando niegan fundadamente credibilidad a sus dichos, dado que su versión «no resulta verosímil en tanto no se encuentra corroborada con ningún otro elemento probatorio, más que sus propios dichos» (ver fundamentos, fs. 677).

En definitiva, el cuadro cargoso precedentemente reseñado, no resulta conmovido por el recurso, toda vez que las defensoras oficiales no realizan una crítica razonada de la sentencia, sino que se limitan a discrepar con el criterio con el que los sentenciantes valoraron las probanzas, tildándolo de arbitrario sin brindar las razones de ello, o bien afirmando la falta de veracidad de los dichos de la víctima, sin más base que su opinión personal, o presuntas contradicciones que resultaron, como se analizó, inexistentes, por lo que los agravios esgrimidos no pueden ser acogidos, tal como se ha expedido con anterioridad esta Sala (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Por ello, este caso no resulta subsumible en el art. 2 CPP, desde que este Cuerpo ha sostenido que tal petición no puede prosperar cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo por parte del tribunal, aspectos que confluyen en autos (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

A modo de conclusión, entiendo relevante destacar que hechos por los que fue condenado D. A. en el marco de los ilícitos enrostrados en la causa N° P-76074/16, deben ser enmarcados dentro del supuesto de violencia en contexto de género.

Sobre la problemática señalada, he tenido la oportunidad de expedirme en innumerables causas en las que es posible identificar, como denominador común, la existencia de una mujer como víctima de ilícitos penales, cuyos términos resultan aplicables al sub lite (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; “**Brancello Urbón**”, entre otros), en los que afirmé, entre otros aspectos, que revistiendo la condición de mujer, se impone el deber jurídico de juzgar con perspectiva de género.

Lo dicho resulta derivación de las obligaciones asumidas por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "**Convención de Belém Do Pará**" y aprobada por Ley 24632).

Dicho instrumento supranacional fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley **26.485** ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su «integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial» (art. 3 inc. c).

De tal manera, «[...] ese texto normativo [por la ley N° 26.485] vino a imponer un verdadero "deber jurídico" para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Por ello, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**»).

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior –aún sin mencionarlos expresamente– ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, dando cumplimiento acabado a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva a los hechos cometidos (art. 16 inc. b de la ley 26.485).

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que debe rechazarse el recurso defensivo en lo que respecto a los alegados vicios in procedendo, por cuanto el tribunal de mérito ha logrado llevar adelante una correcta recomn nstrucción histórica de los sucesos, que responden a una valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuesto por la defensa del imputado logre conmovir los términos de la acusación dirigida en contra de su asistido.

c) Cuestionamientos acerca de la aplicación de la ley penal sustantiva en la calificación legal de los hechos

De la lectura de libelo recursivo, es posible advertir que las defensoras también atacan la calificación legal bajo la cual el tribunal de juicio encuadró jurídicamente –únicamente– los hechos comprobados en el marco de las actuaciones N° P-76074/16.

Para sustentar su argumento, refieren que el contexto en el que el imputado se dirigió telefónicamente a la víctima, propio de la crisis familiar atravesada por esa pareja, impide reconocer en las expresiones vertidas en ese ámbito, la entidad e idoneidad requerida para encuadrar típicamente en las figuras delictivas enrostradas.

Así, postulan que las manifestaciones del acusado no fueron precedidas de un cierto grado de reflexión, sino que se sucedieron como producto de la exaltación del ánimo propio de una acalorada disputa, ya que «los insultos y promesas de mayor daño en el fragor de una pelea, resultan de común acontecer en un episodio de violencia y permiten dudar de la idoneidad de tales amenazas» (sic) (ver recurso, fs. 705 vta.).

No obstante el cuestionamiento, como explicaré a continuación, la sentencia analizada tampoco adolece en este punto de falencias que ameriten su anulación.

Al respecto, estimo conveniente poner de resalto el evidente déficit de fundamentación en el que incurre las recurrentes con relación al agravio sustancial planteado. En efecto, nada dicen ni alegan respecto de qué modo el tribunal a quo ha arribado a una solución jurídica incorrecta al subsumir típicamente las conductas atribuidas al acusado.

Más bien se observa que el vicio así argumentado no resulta más que la pretensión de lograr la absolución de su defendido a partir de proponer –someramente– una alteración de la base fáctica que resultó acreditada en la sentencia, producto de una valoración personal de los elementos de prueba, particularmente, de la versión defensiva esgrimida sobre tales hechos por el imputado.

Esa estrategia conduce inexorablemente al rechazo del agravio así propuesto, dado que, en relación a la invocación de un vicio que importe una errónea aplicación de la ley sustantiva, no es posible su alegación cuando se modifica la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia.

Resulta de la esencia misma del control que de tal motivo casatorio se sigue, toda vez que, lo que se procura analizar, es el vicio de derecho que se atribuye a la resolución objetada en la interpretación jurídica que hace el tribunal de juicio, lo que impide alterar en este segmento crítico el hecho alcanzado por esa interpretación.

Sin perjuicio de ello, tampoco encuentro déficit alguno en el razonamiento del tribunal de instancia anterior cuando, una vez fijados los hechos que tuvo por probados, respecto del «primer hecho», estableció que el aspecto objetivo del delito de amenazas coactivas quedó acreditado dado que «[e]l imputado le dijo a G. [...] que si se llevaba a su hijo G., le iba a pegar un tiro en la cabeza tanto a ella como a su familia directa».

Al respecto, entienden los juzgadores que «[l]a acción desplegada fue seria y grave [...] en relación al mal anunciado [...] y que provocó temor en la víctima como para concurrir al auxilio de la justicia casi inmediatamente.

Repárese el temor que le creó a la denunciante que incluso inició la acción respectiva en los tribunales de familia, con el fin de prohibir el acercamiento del victimario» y que, además «[f]ue injusta, pues no había

motivo para que fuera soportada tamaña intrusión en su ámbito de libertad, e idónea al crear la alarma por el temor creado por el sujeto del cual provenía, que era en ese momento efectivo policial con vasta experiencia en el ejército, el cual tenía además dos armas de fuego en su poder y cuya amenaza consistía precisamente en la utilización de estos elementos».

Mientras que, subjetivamente, los jueces de sentencia entendieron que «[l]os dichos amenazantes vertidos por el imputado tenían por objeto claro intimidar a su pareja y el propósito concreto de aquella [es que] se abstuviera de hacer algo contra su voluntad, en el caso, no judicializar la tenencia del hijo que tienen en común, con lo cual buscaba que G. se quedara con el incuso».

En cuanto al «segundo hecho», los sentenciantes apreciaron que se daban las mismas circunstancias típicas objetivas respecto del delito anterior, sólo que aquí el imputado no obligó al víctima a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad, sino que «D. le dijo a G. que se olvidara de su carrera, que la iba a hacer mierda, que le iba a cagar la carrera..., en referencia a la carrera policial que desempeñaba para esa época en asuntos internos, lo que demuestra a las claras una situación de intromisión en el ámbito de libertad del sujeto pasivo que no debía ser tolerada» (fs. 680vta.).

En tanto, subjetivamente, expresaron que «[e]sa expresión tiene relevancia típica penal, no sólo sabía el encartado el tenor de sus dichos, sino que, además, lo hizo voluntariamente con ánimo de generar amedrentamiento y alarma en G.» (ver fundamentos, fs. 680 y vta./681).

En función de ello, considero que los hechos así descriptos y las conductas asumidas por el imputado no sólo resultan típicas a los términos exigidos por las figuras delictivas seleccionadas correctamente por el tribunal de mérito.

Sino que, además, el razonamiento seguido al respecto no contiene ningún vicio que determine la existencia de un error en el encuadre legal efectuado, y resistido por las recurrentes. Todo lo cual conlleva a rechazar los vicios in iudicando genéricamente invocados.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada debo señalar que coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en consecuencia, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

En lo referente a la valoración probatoria con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**G.R.**»; «**González Pringles**» y, especialmente, «**Alaniz Pineira**». ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en consecuencia, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

En orden a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Téngase presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• 5- MORENO. 31-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210331_FcMAH.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239 y 55 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Concurso Real. Violencia de género. Ciclo de la violencia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de un mes de prisión por resultar autor del delito de desobediencia (arts. 239 del Cód. Penal), revoca la condicionalidad de la condena a seis meses de prisión, impuesta el 12 de diciembre de 2019, unificando en la pena única de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia (cuatro hechos) en concurso real con amenazas simples (arts. 239, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto Cód. Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación porque entiende se aplicaron erróneamente normas sustanciales –artículo 125 CP, según afirma la defensa– y no se observaron normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, al igual que normas internacionales incorporadas a la Constitución Nacional, el principio de inocencia, de defensa en juicio, congruencia, inmediación, contradicción e imparcialidad del juzgador. También refiere que la motivación es contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria, contraria a las normas de la sana crítica racional, habiéndose omitido valorar prueba decisiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, porque la defensa planteó los mismos vicios en los alegatos, que fueron rechazados por la a quo, a través de un razonamiento conforme a las reglas de la sana crítica racional.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4541, pronunciada por el JPC N°1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

- Habeas corpus correctivo y colectivo. 23-12-15: <http://www.saij.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-mendoza-penitenciaria-mendoza-habeas-corpor-correctivo-colectivo-fa15190022-2015-12-23/123456789-220-0915-1ots-eupmocsollaf?>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05455627-0/1((038501-63849)) F C/ MORENO ALMAZAN HECTOR RAUL P/ DESOBEDIENCIA (63849/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105632747*

En Mendoza, a los treinta y un días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05455627-0/1 caratulada “F. C/ MORENO ALMAZÁN HÉCTOR RAÚL P/ DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El defensor de Héctor Raúl Moreno Almazán interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4541 en tanto condena al nombrado a la pena de un mes de prisión por resultar autor del delito de desobediencia (arts. 239 del Cód. Penal), revoca la condicionalidad de la condena a seis meses de prisión, impuesta el 12 de diciembre de 2019, unificando en la pena única de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia (cuatro hechos) en concurso real con amenazas simples (arts. 239, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia tiene por probados los hechos que fueron objeto de acusación, esto es, que el 28 de agosto de 2020 a las 16:30 horas aproximadamente, mientras que G.M.J.C. se encontraba en la vereda de su domicilio de ..., se presentó en el lugar su ex concubino, el acusado. En esa ocasión, se bajó de la moto, le estiró los brazos al hijo de ambos, insultó a la víctima y se fue del lugar, pese a existir una prohibición de acercamiento respecto de J., ordenada por el Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial.

2.- Recurso de casación

Solicita el defensor que se case la sentencia de condena, o en su defecto se la anule, porque se aplicaron erróneamente normas sustanciales –artículo 125 CP, según afirma la defensa– y no se observaron normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, al igual que normas internacionales incorporadas a la Constitución Nacional, el principio de inocencia, de defensa en juicio, congruencia, inmediación, contradicción e imparcialidad del juzgador.

Refiere que la motivación es contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria, contraria a las normas de la sana crítica racional, habiéndose omitido valorar prueba decisiva.

Señala que no se consideraron los testimonios de F.S. y F. M., quienes manifestaron que el acusado trabajó con ellos en el corte y empaquetado de leña que realizan en su domicilio, refiriendo los horarios de trabajo.

Agrega que tampoco se valoraron llamadas de teléfono que la denunciante le realizó a su defendido entre las 15:00 y 15:45 horas, del día del hecho, sin mediar conversación porque la tiene bloqueada, dado que lo hostiga e insulta.

Esgrime que de haber sido considerada toda la prueba, se hubiera concluido en que es imposible que el hecho denunciado se hubiera producido. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado porque la defensa planteó los mismos vicios en los alegatos, que fueron rechazados por la a quo, a través de un razonamiento conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Dictamina asimismo, que la jueza da los motivos por los que desestima los testimonios que la defensa tilda de decisivos y no valorados.

Finalmente, y con relación a las llamadas, considera que no expresó la defensa por qué esos elementos debieron ser ponderados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Efectivamente, si bien la motivación es escueta, es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 397-177, entre otros), lo que en la especie no ha ocurrido.

En efecto, la juzgadora ha ponderado toda la prueba en su conjunto –exámenes de profesionales, testimonial, documental–, según las reglas de la sana crítica racional, y de acuerdo con las pautas dadas por este Cuerpo, en los supuestos, como el presente, en los que la víctima es una mujer y quien ha desobedecido una prohibición de acercamiento a ella, es su ex concubino, remitiéndome en honor a la brevedad a lo dicho en los **precedentes Cruz Caporiccio, Merlo Lassa, Quiroga Morales, Ojeda Pérez**, entre otros.

De tal modo, el quejoso no ha logrado demostrar apartamiento por parte de la jueza de la instancia anterior, de las reglas antes referidas.

Así, la sentenciante consideró que la denunciante le merece una alta credibilidad, no obstante que el defensor la tildó de «...*muy inteligente, avezada declarante...*» (registro audiovisual, alegatos), intentando

de esta forma restarle fiabilidad, toda vez que él sostiene que el hecho que originó estos obrados no existió.

Por el contrario, la a quo destacó que en su relato no tuvo contradicciones y fue sincera, al reconocer que llamó por teléfono al acusado, después de ocurrido el hecho, en un momento de debilidad –toda vez que la orden de restricción vigente también la obligaba a ella a no comunicarse–, porque «...necesitaba que frene, que esto se detenga» (registro audiovisual del debate, declaración de G.M.J.C).

Efectivamente, hacía alusión a que el encausado fue condenado en diciembre de 2019 a seis meses de prisión en suspenso por desobediencia a dicha orden en tres hechos, en concurso real con amenazas.

Durante el debate, percibió la juzgadora que la denunciante se mostró atemorizada, angustiada, ya que dijo que vive sola con su hijo de cuatro años; que tiene ataques de pánico y está en tratamiento psicológico, porque cuando su ex pareja y padre de su hijo, toma alcohol o se droga «es capaz de cualquier cosa» (registro audiovisual, fundamentos).

Apuntó la jueza que ello es coherente con los exámenes practicados. En el caso del acusado, dan cuenta que asume conductas de riesgo cuando está alcoholizado, mientras que respecto de la denunciante, informan que su relato es espontáneo, comprensible, detallado; que tiene miedo y está en tratamiento psicológico a raíz de lo vivenciado.

La sentenciante se refirió igualmente, a la declaración de los testigos ofrecidos por la defensa, privándolas de fiabilidad.

Explicó que dijeron que estuvieron todo el día del hecho con el acusado, quien no se ausentó en ningún momento para violar la restricción de acercamiento que tenía.

Acerca de ellos, dijo la a quo que le parecieron testimonios «muy iguales», que le impresionaron como interesados (uno de los testigos es amigo y el otro hermano del encausado), no juzgándolos en definitiva creíbles, adunando que la circunstancia que sean dos testigos en lugar de uno, no mejora esa percepción.

O sea, la inferior ha valorado toda la prueba rendida, teniendo en cuenta en forma especial la declaración de la denunciante y los exámenes psíquicos practicados, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala ya citada y teniendo en cuenta que en el caso de autos, no hubieron testigos presenciales del hecho.

En consecuencia, no le asiste razón a la defensa cuando asevera que la inferior no valoró las testimoniales ofrecidas por su parte, ni las llamadas telefónicas que le hizo la denunciante a su asistido, punto éste que estimo irrelevante ante el cúmulo probatorio reunido.

En efecto, no se advierte la trascendencia que de la acusación emerja que los hechos acá investigados ocurrieron aproximadamente a las 16:30 horas, y que la primera llamada de la denunciante al acusado haya sido a las 15:10 horas, dado que según se explicó, ella reconoce que lo llamó y que los horarios son aproximados, toda vez que debió esperar que alguien fuera a su casa a cuidar a su hijo de 4 años, para recién entonces, dirigirse a hacer la denuncia.

Además, no existe una gran diferencia, en este caso, entre las 14:30, 15 horas o las 16:30 horas.

A esto se suma que el recurrente tampoco explica cómo dichas llamadas, en el contexto acá reseñado, pueden implicar que la sentencia sea nula, o el hecho que la funda, inexistente.

Cabe consignar que la orden de prohibición de acercamiento a la denunciante, fue pronunciada por el Segundo Juzgado de Familia en 2019, y en el proceso que se llevó a cabo anteriormente, se dictó sentencia el 12 de diciembre de ese año, condenando al encartado a seis meses de prisión de ejecución condicional, como autor de los delitos de desobediencia en tres hechos, en concurso real con amenazas simples, habiendo impuesto en dicha oportunidad el sentenciante como regla de conducta, que se abstuviese de tener contacto con G.M.J.C.

Dicho en otras palabras, en modo alguno podía ignorar el acusado la existencia ni la vigencia de esa prohibición.

Resta decir que el error sustancial que el recurrente le endilga a la sentencia, es la errónea aplicación del art. 125 del Código Penal, artículo éste que carece por completo de atinencia en el marco de la presente causa.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

I.- Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Moreno Almazán. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé con relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] *para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales*».

Destaqué también que «[...] *los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género*».

En función de ello entendí –en términos aplicables al caso bajo estudio– que *«en el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres)».*

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para llegar a la solución condenatoria adoptó la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

II.- En otro orden, no puedo dejar de señalar que en la presente causa advierto un déficit en la adopción de las medidas de protección hacia la mujer víctima de violencia de género, que fueron oportunamente implementadas por los distintos operadores del sistema de justicia.

De este modo, se desprende de los antecedentes reseñados por mi colega preopinante, que con anterioridad al hecho objeto del presente proceso, el acusado fue condenado en fecha 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de condicional por el delito de desobediencia (tres hechos) en concurso real con amenazas, por haber –del mismo modo que en la presente causa– incumplido una orden de prohibición de acercamiento dispuesta por el Primer Tribunal de Gestión de Familia a favor de la víctima en autos, oportunidad en la que sólo se le impuso al acusado como regla de conducta tendiente a resguardar la integridad y vida de la víctima, abstenerse de tener todo tipo de contacto con G.M.J.C. y presentarse a la Dirección de Promoción de Liberados una vez cada cuatro meses o las veces que sea citado por este organismo, quien tiene a su cargo el control del cumplimiento de las reglas de conductas referidas (ver puntos 2 y 3 de la sentencia N° 4050, autos N° 728.113/19 y acumulados).

Ante ello, resulta evidente que no resultaron adecuadas ni suficientes las medidas que en forma reiterada adoptaron los distintos operadores del sistema de justicia para prevenir y evitar la reiteración de hechos de violencia hacia la víctima G.M.J.C.

En este sentido, sostuve en el **precedente Reyes Cortelezzi** que *«[C]laramente, se advierte que el Estado provincial no comprende, no acompaña ni actúa frente a lo que le sucede a una mujer víctima de violencia de género, inmersa en el ciclo de violencia. Es decir, se evidencia una deficiente política pública, como así también, un déficit en el abordaje integral en materia de violencia de género. En efecto, no hay una concientización para incorporar la perspectiva de género en todo lo concerniente a las políticas públicas y sociales, lo cual implica que los responsables de su definición, diseño, implementación y seguimiento no puedan identificarlas y ejecutarlas desde el paradigma de protección de las niñas, adolescentes y mujeres. Esto requiere deconstruir modelos, un profundo cambio de mirada y una revisión permanente de las acciones que se instauran.*

En este sentido, *«[l]a estrategia de compromiso político del Secretario General de las Naciones Unidas para poner fin a la violencia contra las mujeres para el 2020-2021, insta a los gobiernos a tomar las*

siguientes acciones: ‡ Financiar prioritariamente un paquete de servicios esenciales que incluya la prevención de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, Prevenir con políticas nacionales de tolerancia cero hacia la violencia de género contra las mujeres ‡ Responder con medidas explícitas para que los servicios a las sobrevivientes de violencia de género se mantengan o que se adopten como servicios esenciales y se garantice el acceso continuo al sistema de justicia penal. ‡ Recopilar datos para mejorar servicios y programas de violencia de género (<https://www.cepal.org/es/publicaciones/46422-enfrentar-laviolencia-mujeres-ninas-durante-despues-la-pandemia-covid-19>, consultado 02/03/2021)».

Del mismo modo, este Cuerpo se ha pronunciado sobre las reglas de conductas que debieran imponerse al acusado de cometer hechos en contextos de violencia de género o violencia intrafamiliar, en el caso en que éste transite el proceso o cumpla la condena en situación de libertad.

Al respecto, se señaló que «[...]se puede apreciar que aparecen como procedentes distintas **herramientas de intervención y protección** para las víctimas mujeres, niños y niñas, tales como: 1) la inmediatez judicial a fin de que el propio funcionario judicial que autoriza el recupero de libertad o su mantenimiento, explique al imputado los alcances de este recupero y las consecuencias del incumplimiento de las medidas de protección ordenadas en favor de la víctima; 2) la notificación al imputado mediante la modalidad de consentimiento informado de su obligación de cesar en los actos de perturbación o intimidación que realice hacia la víctima, familiares o personas allegadas de ésta; 3) la orden de realizar tratamiento psicológico y presentar certificado en el expediente; 4) la presentación de otro adulto cercano al imputado que pueda acompañarlo durante el proceso con el objeto de comprometerse a evitar, dentro de sus posibilidades, que el imputado se acerque a la víctima; 5) la instrumentación de medidas de protección para la víctima dentro del marco del programa de protección de testigos del Ministerio de Seguridad de la Provincia; 6) la reserva, en todo el expediente judicial, de datos personales de la víctima (domicilio, teléfono, etc.) que puedan suministrar datos al imputado para la ubicación de la persona; 7) la orden al Poder Ejecutivo Provincial para que provea de las medidas conducentes para la asistencia médica, psicológica, económica y de alojamiento, en caso de ser necesario, para la protección de la víctima y las personas menores de edad a su cargo, si las tuviere; 8) la disposición de medidas especiales de seguridad y custodia en el domicilio de la víctima; 9) el secuestro y decomiso de armas de fuego que posea el imputado; 10) la solicitud de constitución de un domicilio al imputado en un radio de distancia determinado del domicilio de la víctima; 11) el abandono inmediato del domicilio -para casos en que la víctima conviva con la persona imputada-; 12) el uso de la pulsera electrónica; entre otras» (ver CUIJ: 13-03815694-7 «Habeas corpus correctivo y colectivo (Penitenciaría de Mendoza)»).

De lo expuesto, se puede concluir sobre la necesidad de elaborar en los casos como el de autos, medidas de protección hacia la mujer alternativas a las que tradicionalmente se imponen a los sujetos sospechados o condenados por haber cometido un hecho en contexto de violencia de género.

En este sentido, debo señalar la importancia de la implementación de desarrollos tecnológicos en base a geolocalización y/o rastreo por bluetooth, los que –debidamente implementados– garantizan un efectivo cumplimiento de las medidas dispuestas por la autoridad judicial que dispone las medidas de seguridad y una posibilidad cierta de revertir la situación de violencia en la que se encuentra inmerso este sector vulnerable de la población.

Lo analizado resulta relevante, en tanto las deficiencias referidas, no sólo implican incumplir con las obligaciones convencionales asumidas por el Estado argentino en materia de género, sino que también

puede configurar un caso de violencia institucional contra la mujer, susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos. Al respecto, la referida ley 26.485 define esta modalidad de violencia como «[...] aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley [...]» (art. 6 inc. b).

En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género, implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado.

ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por H. R. M. A..
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **6- NAVARRETE. 20-04-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210120_FcNCA.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Valoración de la prueba. Amplia libertad probatoria

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses de prisión**, por el delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7734, pronunciada por la Excma. Primera Cámara del Crimen, -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Gatica Toledo. 02-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180302_FcGTM.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- L.S. 377-43

b-CSJN

- Casal, Matías Eugenio 20-09-05:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692757510577>
- Leiva María Cecilia.

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

Doctrina citada

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

Parágrafos destacados.

Voto Dr. Adaro

Al respecto este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria,[...] debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «**Gatica Toledo**»).

Voto Dr. Valerio

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31).

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

(C.R.)

Fallo

CUIJ: 13-04150484-0/1((010501-74848/13)) FISCAL C/N. C. A. P/ PRIVACION ILEGITIMADE LA LIBERTAD (74848) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104214652*

En Mendoza, a los veinte días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04150484-0/1, caratulada "FC/ N., C. A. P/ AMENAZAS COACTIVAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSE V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica del imputado C. A N. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 7.734 (fs. 160) y sus fundamentos agregados a fs. 162/181, en cuanto condena a C. A N. a la pena de dos años y 6 meses de prisión, por el delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-74.848/13 por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que « [...] el día 31 de julio de 2013, a las 13:30 hs. aproximadamente, mientras la víctima M J A.. iba caminando frente a la vivienda ubicada en calle, el imputado C. N. la tomó llevándola al interior de la vivienda. Una vez allí, mientras la mantuvo encerrada durante 20 minutos, la tomó del cuello y le dijo «quedate quieta, hace lo que te digo porque si no te voy a matar». Seguidamente la víctima, luego de un breve forcejeo con N., logró salir de la vivienda por sus propios medios».

Para así decir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima M J A., G. O. y V. A. (madre y hermana de la víctima, respectivamente), y demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

El defensor del imputado C. A N. promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Sostiene en tal sentido, que conforme al pliego probatorio incorporado al debate, surgen dudas que resultan evidentes y contradictorias a la hora de soslayar la participación penal de su defendido en el hecho endilgado.

Entiende que el hecho que se le atribuye a su asistido quedó subsumido en el delito de amenazas coactivas, extremo que no pudo ser probado en grado de certeza por el Ministerio Público, conforme el material probatorio incorporado al debate. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 205 dictamina el Procurador General solicitando el rechazo formal del recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado C. A. N., por considerar que luego de su lectura, no existe en concreto ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia. Sostiene que en sus escuetas consideraciones, el recurrente plantea una discrepancia con los fundamentos del fallo, pero no desarrolla dónde radican los supuestos vicios que lo llevan a recurrir.

Entiende que, si bien es cierto que la admisión formal ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte de la Nación, contando con el *leading case* «**Casal**» de la **CSJN**, también resulta claro que al menos la queja intentada debe explicitar los motivos de la impugnación, para permitir al tribunal expedirse sobre los mismos, situación que no se advierte en el presente recurso.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio impetrado debe ser rechazado.

En primer término, corresponde señalar que el recurrente en su impugnación no explica concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca. Al respecto este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria,[...] debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «**Gatica Toledo**»).

Estos términos son enteramente aplicables al presente, ya que el defensor no concreta sus agravios, impidiendo que el Tribunal los conozca y aborde, limitándose a expresar ideas genéricas, tales como que el hecho endilgado a su defendido no puede ser probado con el material probatorio incorporado al debate y sin realizar una crítica de los fundamentos desarrollados por el sentenciante en la resolución cuestionada.

No obstante ello, los defectos prementados serán obviados, en pos de efectivizar el derecho del imputado a la segunda instancia, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re «**Casal, Matías Eugenio**», posición seguida por este Cuerpo en numerosos precedentes, a partir de dicho fallo. (Conf. **L.S. 377-43**, entre otros).

De este modo, se advierte de la lectura de la sentencia que el sentenciante valoró adecuadamente cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento del juez de sentencia vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

Preliminarmente, y en el entendimiento que analizamos un hecho de violencia contra la mujer en razón de su género, encuentro oportuno y necesario abordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales cuando deban juzgarse hechos de esta índole y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del derecho deben adaptarse a fin de cumplir con los compromisos

internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme he señalado en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, Caso del penal Castro **Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **Fernández Ortega y otro vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re "**Leiva, María Cecilia**", entre otros).

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece que la investigación debe realizarse bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...]teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver «**Galdeano Reyes, Juan José**»).

De este modo, los dichos de la víctima resultaron relevantes para el juzgador a fin de determinar la dinámica de los hechos investigados y la intervención que le cupo al imputado en ellos. En este sentido, el sentenciante valoró que el relato de la víctima M J A.. fue claro, preciso, detallado y desapasionado, otorgándole plena credibilidad a lo manifestado en audiencia de debate.

Sostuvo el sentenciante que este valor otorgado al testimonio brindado por la víctima, no sólo tenía cabida en su juicio de valoración, sino que apareció ampliamente respaldado por la ciencia. A tal fin, ponderó el examen psiquiátrico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense, en donde se concluyó que «[...] la víctima es una persona que se encuentra plenamente ubicada en tiempo y espacio[...] descartando de plano cualquier signo de mitomanía o fabulación, y cualquier fin ganancial con la denuncia que concretó, hecho que sin duda dejó sus secuelas en su personalidad a punto tal que se sugiere que la misma realice tratamiento psicológico prolongado de ahí el valor que le atribuyo a su aporte, por cuanto esos mismos valores puede apreciarlos cuando declaró en la audiencia» (fundamentos de fs. 172 vta.)

Agregó además el sentenciante, que la versión de los hechos brindada por la víctima fue ratificada por la abuela de la niña, A. Z., quien pudo observar los momentos posteriores a la consumación del hecho, al referir que «[s]u nieta venía llorando, toda despeinada, con la ropa desarreglada y ahí le contó que su vecino la quiso violar, por lo que de inmediato dio aviso a la policía». Destacó el sentenciante que esta circunstancia se encontraba plenamente acreditada con el acta de procedimiento incorporada al debate, donde los efectivos actuantes dieron cuenta de los hechos narrados por la víctima y su abuela, a raíz de

los cuales fueron trasladadas a la Oficina Fiscal por orden de la Ayudante Fiscal (fundamentos de fs. 173 vta.)

Destacó el a quo que la versión de los hechos brindada por la víctima en oportunidad de formular la correspondiente denuncia (incorporada al debate por lectura y sin objeción de las partes), fue ratificada por el examen médico que el Cuerpo Médico Forense le practicó a M A., en donde se indicó que «[...] se comprobó que en su antebrazo izquierdo estaban presentes las secuelas de este ataque, ya que se verificó la existencia de una equimosis de color rojo vinoso de 3 por 3 centímetros en cara anterior de antebrazo, perfectamente compatible con el modo como la menor explicó que fue tomada y forcejeada por el imputado» (fundamentos de fs. 174).

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de G. L. en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros**). En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”,

“el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [Ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el precedente «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de

género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 194/195 por la defensa de C. A N. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 7.734 dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **7- SOSA QUIROGA. 14-04-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AF	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210414_FcSQR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 26 del CP. Ley 26485. Ley 27499.

Vox: VG. Amenazas simples. Amenazas agravadas. Arma de fuego. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** con los beneficios del art. 26 del CP, como autor de los delitos de amenazas simples en tres hechos independientes y amenazas agravadas por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación en tanto no se verifican los vicios referidos por el recurrente.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 98, pronunciada por el JPC de General Alvear- 2° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://om.csn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

Parágrafos destacados

“Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo»”.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-04811121-6/1((028502-501748)) FISCAL C/ S. Q. R. O. P/ AMENAZAS SIMPLES EN TRES HECHOS INDEPENDIENTES Y AMENAZAS CON ARMAS (501754) (501754/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104891469*

En Mendoza, a los catorce días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04811121-6 caratulada "FC/ S. Q. R. P/AMENAZAS SIMPLES EN TRES HECHOS IND. /CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 186/197 la defensa técnica de R. O. S. Q., promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 98, obrante a fs. 162 de fecha 17 de abril de 2.019 y sus fundamentos de fs. 163/169, en tanto condena al nombrado a la pena de dos años de prisión con los beneficios del art. 26 del CP, como autor de los delitos de amenazas simples en tres hechos independientes y amenazas agravadas por el uso de arma.

El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Luis Ojeda miembro del Juzgado Penal Colegiado de General Alvear de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° P-501754/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que:

a) En el mes de enero del año 2018, en fecha y hora no precisadas, en el distrito de R. d. P., S. R., R. O. S. –auxiliar P. de la P. de M.– le manifestó a D. N. F. –su pareja– que si revelaba el contenido de un video en el que el nombrado participaba junto a un grupo de efectivos policiales bailando en Cria. 46° no podría salir a la calle porque la iban a matar. Estas expresiones generaron temor y alarma a F..

b) En el distrito de R. d. P., S. R., M., en fecha no determinada del mes de abril de 2.018, a las 23.00 horas aproximadamente, R. O. S. se encontraba dentro de su domicilio – R., p. L.O.–, en una de las habitaciones cuando comenzó a discutir con D. N. F. –su pareja–. Allí tomó su arma de fuego reglamentaria y se apuntó con ella en la cabeza al mismo tiempo que le manifestaba a la víctima que se iba a matar, ocasionando estado de temor y alarma en F. generando, además, temor por su integridad física, de sus hijos y del propio imputado.

c) El 11 de agosto de 2.018, R. O. S. llegó a su casa ubicada en r. p. l. O. d. R. d. P., S. R., donde convivía con D. N. F. y dos hijos, en estado de ebriedad. Trató de entrar a la casa, y como la cerradura se encontraba trabada, propinó patadas a la puerta hasta romperla. Ingresó al domicilio y al realizarlo, insultó y discutió

con F., la tomó de los cabellos y la arrastró por la cocina mientras le decía que la «iba a hacer cagar». Ello generó temor y alarma en F..

d) El 14 de agosto de 2018, a las 18.00 hs., R. O. S. se encontraba en el exterior de su vivienda, ubicada en R., paraje L. O. d. R. d. P., S. R., donde convivía junto a D. N. F. y dos hijos cuando a la pregunta de ésta sobre si debía llamarlo «R. o R.» –en alusión a que contaba con dos perfiles en la red social Facebook–, le dijo que iba a pegarle un tiro y luego se mataría, pues ya no le importaba nada. Estos dichos generaron temor y alarma en F..

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por D. F., O. M., C. B. C. M., la Lic. I. P., como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa de R. O. S. Q. formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Critica la valoración del acto sentencial, considera que padece de falta de motivación y que se ha afectado el derecho de defensa y debido proceso.

Sostiene que la valoración de la prueba ha sido errónea y arbitraria. Entiende que los elementos de convicción resultan insuficientes para quebrar el estado de inocencia del imputado.

Afirma que el relato de la víctima, cuyo perfil psicológico es difuso, resulta inconsistente y sin fuerza como para calificar a su testimonio como prueba concluyente. Se agravia de que en la sentencia no se tuvieron en cuenta hipótesis alternativas. Así, se queja que se ha omitido prueba, y que la valorada resulta, contradictoria.

Cuestiona que se haya considerado a los testimonios brindados en el juicio como coherentes, sin contradicciones e inalterables, en relación a las manifestaciones de C. C. y de la Lic. I. P. (fs. 191 vta. y 192). C. la falta de ponderación de los dichos de su asistido.

Se queja de que, según el informe de la Lic. P. la víctima se encuentra en un contexto de violencia de género y a su asistido se lo acusa del delito de amenazas simples y agravadas. Ello al tomar en consideración rasgos distintivos de la violencia de género por la cual nunca fue imputado.

Sostiene que ha existido errónea aplicación de la ley sustantiva en relación a la norma del art. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto en función del art. 55 del CP (fs. 195 vta. y 196)

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 211/212 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos considera que el recurso no resulta procedente en lo sustancial. Entiende que el recurrente evidencia su discrepancia con la valoración llevada a cabo por el juez de las pruebas producidas en el debate y de las legalmente incorporadas.

Refiere que la sentencia luce fundada y que el juzgador contó con elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar a R. S. Q..

Agrega que al llevar a cabo la fundamentación del fallo el a quo efectuó un análisis de: los dichos de D. N. F., O. M., la Lic. P., y la vecina de la víctima; como también la declaración del imputado; el informe del

CMF en relación al examen que a éste se le practicó; y, el informe de Policía Científica que en forma coincidente con el relato de F., describe la puerta de la vivienda violentada.

En relación al testimonio de la víctima resulta creíble y la Lic. P. explicó en detalles la inconsistencia en los dichos, el sentimiento de culpa, situación de vulnerabilidad económica y emocional, naturalización de episodios de violencia, intenciones de restablecer la relación y el estado de ánimo presentado en las entrevistas por lo que concluyó en la credibilidad del relato.

Señala que el a quo no fundó su acusación en un contexto de género pero tal circunstancia surgió de los exámenes realizados no pudiendo desconocerse ni desvalorizarse ese elemento que, por el contrario, refuerza lo expresado por la denunciante. Así, entiende que la sentencia se encuentra fundada de acuerdo al valor convictivo otorgado por el juzgador a las pruebas reunidas.

Por lo señalado, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado en tanto no se verifican los vicios referidos por el recurrente.

Concuerdo con el Procurador General en que el eje de la crítica recursiva radica en la diversa valoración de los elementos probatorios que pretende el defensor técnico. Sin embargo, y contrariamente a lo que éste postula, entiendo que los medios de convicción han sido correctamente ponderados por el a quo, sin advertir en tal tarea arbitrariedad, falta de motivación, ni vicio que invalide el acto sentencial puesto que considero que se han respetado las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

En este sentido entiendo que los medios probatorios resultaron suficientes para que el juzgador llegase al grado de certeza requerido para dictar sentencia condenatoria. De tal manera valoró, primordialmente la declaración testimonial prestada en audiencia de debate por D. F. respetando los parámetros establecidos por esta Sala en relación a los delitos cometidos en un contexto de violencia de género.

Efectivamente, de la reproducción del testimonio prestado por D. F. (registro audiovisual de la audiencia del debate celebrado en fecha 9/4/19) se repara que ésta comenzó narrando la convivencia con S. Q. y, a partir del minuto 43, declaró concretamente sobre los hechos investigados.

Comparto con el Titular del Ministerio Público Fiscal en que la fundamentación del fallo atacado no sólo se basa en la declaración de F., sino que también valora y vincula aquella con las declaraciones de O. M., la Lic. P. y C. C. , como también la prueba objetiva (informe de Policía Científica de fs. 87/90) en el que se da cuenta de la rotura de la puerta lateral a la altura de la cerradura, en forma concordante con el relato de F..

Es así que la versión aportada por F. en el debate concuerda con la prestada al formular la denuncia. Examinada ésta luce coherente y acierta el juez al entender que el crédito asignado a sus dichos se ve reforzado al analizar el resto de los elementos probatorios, tales como testimoniales y prueba instrumental.

Conforme lo expuesto es que no concuerdo en la calificación asignada por el recurrente en relación a D. F..

Por el contrario, tal como señala el Procurador General, la Lic. P. brindó detalles explicando las inconsistencias del relato las que, como señaló (registro audiovisual de fecha 10/4/19 a partir del minuto 11.56) brindaban fiabilidad sus dichos.

Así se explayó sobre los criterios de credibilidad de las manifestaciones de F., su situación de fragilidad económica y emocional, la naturalización de los episodios de violencia, datos que explicaban el crédito asignado a la versión de la víctima.

De ello se sigue que el juzgador no parcializó el testimonio de la Lic. P. al interpretarlo, sino que por el contrario realizó una ponderación global del mismo, asignando un correcto significado a sus manifestaciones.

De lo expuesto entiendo que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales).

La ley establece que los operadores judiciales al momento de juzgar un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, deben considerar todas las presunciones que se construyen a través de indicios graves, precisos y concordantes (arts. 31).

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «M. Q.», «C. C.», «V.», «Z.», «Merlo L.» y «O. P.».

Particularmente, en esta última causa (O. P.), sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

En razón de todo lo señalado, en aquella oportunidad concluí que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional, en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, resulta precisamente haber establecido aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En el precedente **B3 U3** señalé que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y art. 7 de la CM–, que a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el precedente **«Z3»** he enfatizado que la perspectiva de género no resulta simplemente un lenguaje, sino –en esencia– una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal – como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**).

Por su parte, en el precedente **«V. T.»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Esto es, que el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar

informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en «N. V.»).

Estas reflexiones, como señalé, las entiendo plenamente aplicables al caso toda vez que nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, adecuadamente encuadrado como tal por el juzgador de la instancia anterior.

Por las razones precedentemente expuestas, y en opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de R. O. S. Q. debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «D. C. M.» y «M. S.» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de R. O. S. Q., y por ello corresponde confirmar el acto sentencial impugnado.

Sin embargo, considero pertinente efectuar algunas consideraciones en torno a la valoración de los medios de convicción, en atención a los planteos recursivos formulados y, en tanto que el defensor sugiere la aplicación del principio in dubio pro reo. Al respecto, en el precedente «R. G.» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo, en los supuestos en los que la mujer resulta víctima en razón de su género.

Entiendo, que desde un enfoque procesal, el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, sin embargo su correcta aplicación importa una actividad de ponderación de la prueba que tome en consideración las particularidades propias de los casos de violencia de género, debiendo valorarse para determinar el valor probatorio que corresponde asignar a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Esto, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones sujetas a control para determinar si debe absolverse o condenar. Expresé también que como regla de decisión, el principio referido, presenta

dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente señalé que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver cf. Corte IDH, Caso del penal **Castro Castro vs. Perú. Fondo**, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el precedente «G. R.», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «C., J. y ots.»).

Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la

cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Establecido lo que he señalado, entiendo que el juez llevó a cabo su valor de meritación de los elementos de juicio adoptando una mirada integral de la problemática, toda vez que al examinar el testimonio de la víctima, lo hizo desde una necesaria mirada de género que la problemática demanda, esto es, tomando en consideración las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retractación de lo denunciado en un primer momento, tal como pasó en el caso traído a estudio. De tal manera, los cuestionamientos de la defensa no encuentran correlato en los medios de prueba ponderados por el juez, en tanto que advierto que el recurrente al formular los agravios omitió toda consideración de los indicios que señalan el contexto violento de género en el que se encontraba D. F.. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de R. O. S. Q. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 98 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de Gral. Alvear, Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **8- ALONSO SANTILLAN. 07-06-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	359

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210607_FcAJM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 13 del C.P. Arts. 295 inc. 3°, 359 y 474 inc. 2° del CPP.

Vox: Amenazas agravadas. Arma. Juicio abreviado inicial. Cese de prisión preventiva. Libertad condicional. JAI cuestionado.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado inicial– a la pena de **un año y cuatro meses de prisión** en efectivo, con costas, como autor penalmente responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido. La pretensión recursiva no persigue cuestionar la condena impuesta sino la denegación del cese de la prisión preventiva solicitada en la audiencia en la que se resolvió la situación procesal de su representado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hace lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de M. E. A. J.. Anula únicamente el punto “V” de la sentencia con relación a ese resolutive, dictada en el marco de los presentes autos N° P-16.294/20. Impone las costas por su orden, difiere la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad y remite al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine en forma urgente el juez que deberá resolver el pedido de cese de la prisión preventiva del imputado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7552, pronunciada por el JPC N°1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05728094-2/1((018501-16294)) F. C/ M. E. A. J. P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105913302*

En Mendoza, a los siete días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05502199-0/1 caratulada “FC/ A. J., M. E. P/AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del imputado M. E. A. J. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 7.552 de fecha 5 de abril de 2021 y sus fundamentos expuestos en forma oral, mediante la cual se condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado inicial– a la pena de un año y cuatro meses de prisión en efectivo, con costas, como autor penalmente responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis párr. 1 segundo supuesto del CP) en el marco de los autos N° P-16.294/20.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal de citación a juicio, esto es, que «[...] el día... del 2020 siendo aproximadamente las 18:00 hs., A. D. O. A., M. E. A. J. y L. A. C. H. se encontraban en la entrada de la villa... de Las Heras llevando consigo el primero de ellos un cuchillo de cocina con serrucho tipo tramontina con mango de madera color marrón y el segundo un palo de madera de 1,20 mts. de altura de color marrón. En tales circunstancias observaron a la víctima B. M., J. I., ante lo cual L. A. C. H. le manifestó de manera intimidante “los caballos fueron, tomate el palo porque te vamos a cagar matando”, ello mientras A. D. O. A. y M. E. A. J. sostenían el cuchillo y el palo ya descriptos respectivamente, por lo cual la víctima sintió temor y se fue del lugar. Luego, siendo el día... del 2020, aproximadamente a las 01:30 hs L. A. C. H. se hizo presente en el domicilio ubicado en calle... Las Heras junto a A. D. O. A. y dos sujetos no habidos ni identificados. En tales circunstancias los encartados se acercaron hacia la víctima, B. M., J. I., momentos en los que L. A. C. H. extrajo un arma de fuego tipo revolver, con la cual le manifestó al primero manera intimidante “tomátela de acá porque si no te vamos a matar” causándole temor. Inmediatamente después L. A. C. H. apuntó a B. M., J. I. y le efectuó un disparo, el cual no impactó en su

cuerpo, tras lo cual los encartados se retiraron del lugar». Para llegar a esa conclusión, en primer orden, la jueza a quo estimó procedente el juicio abreviado inicial solicitado por las partes por estimar cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 359 del CPP.

Seguidamente, consideró que la confesión sobre la autoría del hecho por parte del acusado resultaba corroborada a través de los elementos de prueba producidos durante la etapa instructora e incorporados a la audiencia respectiva.

Finalmente, la jueza a quo entendió que la pena convenida y aceptada por el acusado se ajustaba a las pautas legales que regulan su individualización, justificando asimismo tanto la revocación de la condicionalidad de la pena anterior, como la unificación practicada a través del método compositivo.

2.- El recurso de casación

La defensa del encausado formula recurso de casación contra la resolución arriba individualizada en razón de lo dispuesto en el inciso 2 del art. 474 del CPP, esto es, por entender que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido. Refiere que en la sentencia impugnada no se han aplicado correctamente disposiciones contenidas en el rito penal, lo que lo que determina el carácter arbitrario del fallo por violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso legal y, por ende, la nulidad de lo así resuelto.

Luego de referirse a los recaudos formales vinculados a la admisibilidad del recurso promovido, aclara que la pretensión recursiva no persigue cuestionar la condena impuesta sino la denegación del cese de la prisión preventiva solicitada en la audiencia en la que se resolvió la situación procesal de su representado.

Al desarrollar el punto de agravio, repasa las circunstancias del proceso. Refiere que el acusado fue aprehendido e imputado en fecha... de 2020 por el delito de coacciones agravadas por el uso de arma. Con posterioridad, esa parte solicitó un cambio de calificación legal que fue avalado por el fiscal y determinó que A. J. fuera imputado por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma. Luego de ello acordaron con el representante del Ministerio Público Fiscal la realización de un juicio abreviado inicial, pactándose la pena por la presente causa, así como también, la revocación de la condicionalidad de la pena impuesta en los autos P-122.531/16 y el monto de pena única resultante de la unificación de ambas sanciones.

Manifiesta que al momento de realizarse la audiencia oral respectiva, que tuvo lugar en fecha 5 de abril del corriente año, la defensa solicitó la homologación judicial del acuerdo en los términos pactados y el cese de la prisión preventiva a los términos del art. 295 inc. 3 del CPP, desde que el acusado habría cumplido a esa fecha el requisito temporal que exige el instituto de la libertad condicional para acceder a la misma. Indica que ese planteo fue parcialmente acogido por la jueza a quo quien, si bien resolvió hacer lugar a la aplicación del juicio abreviado inicial y condenar al acusado a la pena acordada, no hizo lo propio respecto del cese de la prisión preventiva solicitado al entender que era el juez de ejecución quien resultaba competente para resolver esa petición, desde que la defensa había hecho referencia al instituto de la libertad condicional.

Solución que adoptó sin correrle vista al fiscal interviniente. La defensa controvierte ese razonamiento al señalar que resolver en el sentido indicado, es no tener conocimiento de las normas procesales vigentes, puesto que recién en el caso de que la sentencia quedara firme, luego de realizar el cómputo de pena, el acusado quedaría a disposición del Juzgado de Ejecución, oportunidad en la que sí tendría que pedir su

libertad a través del instituto de la libertad condicional del art. 13 del CP. Advierte que, hasta tanto eso no ocurra, la competencia es del juez que dictó la sentencia pronunciarse respecto del cese de la prisión preventiva solicitada.

Explica que resultó claro en la audiencia que lo que esa parte solicitó fue el cese de la detención cautelar y no la libertad condicional. En razón de lo expuesto solicita, se anule el punto de la sentencia que deniega el cese de prisión preventiva y, en consecuencia, se conceda el instituto en cuestión a los términos del art. 295 inc. 3° del CPP, otorgándole la libertad al imputado Formula reserva expresa del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que el recurso extraordinario promovido no resulta sustancialmente procedente y, por tanto, no puede ser acogido en esta instancia (fs. 9 y vta.). Considera que los fundamentos dados por la jueza de sentencia al resolver del modo cuestionado resultan atendibles, desde que alude al contenido del art. 295, inc. 3 del CPP, y a la consideración que corresponde a la instancia del juez de ejecución que por turno corresponda.

Manifiesta que acierta la sentenciante cuando aprecia que, de haber renunciado a los términos y no habiendo recurrido y cuestionado la condena impuesta, estos obrados hubieran quedado firmes, se habría practicado el cómputo y pasado rápidamente al juez de ejecución, resolviéndose la situación del encartado sin dilaciones innecesarias.

Por ello, entiende que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada, y que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprende de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación impetrado. Doy razones.

La magistrada de la instancia anterior consideró que no resultaba competente para pronunciarse sobre el pedido de cese de prisión preventiva formulado por la defensa del acusado en el marco de la audiencia de juicio abreviado inicial realizada, al entender que lo solicitado por la defensa en relación a la libertad del acusado debía ser resuelto por el juzgado con competencia en materia de ejecución penal que por turno correspondía.

Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, advierto que esa conclusión se aparta inequívocamente de lo expresamente dispuesto por la ley, lo que revela la arbitrariedad parcial del fallo, y justifica su anulación parcial en esta instancia.

Según se desprende de la reproducción del soporte digital en que obra el audio y video de la audiencia respectiva, en cuanto aquí nos importa, la defensora solicitó el cese de la prisión preventiva del acusado a los términos del art. 295, inc. 3 del CPP.

En su presentación, señaló que el imputado cumplía con requisito temporal para la obtención de la libertad condicional, que el delito que se le atribuía no se encuentra previsto en el catálogo incluido en el art. 14 del CP, y finalmente, que no ha sido declarado reincidente a los términos del art. 50 del mismo cuerpo normativo (ver soporte audiovisual, audiencia del 5/4/21, minutos 00:17:40/00:18:50) El planteo defensivo fue abordado por la jueza de la anterior instancia, quien manifestó que «[l]a defensa ha pedido

que se aplique el inc. 3 del art. 295 del CPP, y menciona, a su vez, el art. 13 del CP para que el Sr. A. J., en el día de la fecha, pudiese recuperar su libertad, mencionando los ocho meses de prisión que se tienen en cuenta en base a este último precepto normativo que acabo de mencionar [...].

En relación al cese de prisión preventiva, y mencionando la Dra. el art. 13, entiendo que va a pasar a decisión del Juzgado de Ejecución Penal que por turno corresponda, habida cuenta que el art. 13, además del requisito temporal, se mencionan otras circunstancias a tener en cuenta, como es la observancia regular de los reglamentos carcelarios.

Estimo que esta meritación, esta ponderación axiológica, corresponde a la instancia subsiguiente, que es el Juez de Ejecución Penal que por turno corresponda» (00:33:04/00:35:01). En función de ello, resolvió que «[el] pedido de cese de prisión preventiva -art 295 inc 3º CPP-, y de Libertad Condicional -art 13 CP-, deberá ser resuelta [sic] por el Juez de Ejecución Penal que por turno corresponda». Ahora bien, como lo adelantara, no comparto la posición asumida por la sentenciante desde la que la misma demuestra manifiesto apartamiento al texto expreso de la ley. Dicho en otras palabras, la juzgadora ha resuelto la cuestión planteada por la defensa prescindiendo por completo de normativa expresa y reguladora del problema debatido.

En efecto, la ley procesal establece expresamente las causales que tornan procedente el cese de la prisión preventiva dispuesta durante la tramitación del proceso. Así, el legislador local ha previsto que el cese de la prisión preventiva se dispondrá fundadamente cuando «[de acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios.

Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto» (art. 295 inc. 3º del CPP). Con arreglo a este dispositivo legal se advierte con claridad que una de las premisas que sustenta el razonamiento aquí cuestionado carece, a poco de ingresar en su análisis, de todo basamento jurídico que la constituya como una proposición válida. En ese sentido, considero que resulta legalmente incorrecto afirmar que –como lo hace la jueza a quo– el juez de sentencia no resulta competente para resolver el cese de la prisión preventiva cuando la sentencia condenatoria no ha adquirido firmeza pues, precisamente, la carencia de ese carácter o cualidad procesal en el pronunciamiento jurisdiccional es el elemento determinante que fija exclusivamente en aquel la competencia material al respecto.

De manera tal que, mientras el fallo que impone una pena de prisión de cumplimiento efectivo a un sujeto que arriba a la etapa del juicio cautelarmente privado de su libertad no se encuentre firme, y se vislumbre la posibilidad de que el acusado obtenga la libertad condicional a los términos del art. 13 del CP, quien debe pronunciarse sobre la procedencia o no del cese de la prisión preventiva es el juez de sentencia. Por el contrario, será el juez en función de ejecución quien, inmediatamente después de que la sentencia se encuentre firme, resulte materialmente competente para transformar en su caso esa medida –cese de la prisión preventiva– en libertad condicional o dejarla sin efecto.

Entiendo que sostener como válida la interpretación normativa que condujo a la jueza a quo a emitir el punto del resolutivo impugnado provoca necesariamente una alteración al régimen constitucional de competencia, y la regulación dictada en su consecuencia en la ley procesal (Libro Primero, Título 3, Capítulo II del CPP), viciando de nulidad lo que en ese contexto pueda resolverse. Por otro lado, el error judicial también se comprueba de forma evidente cuando la jueza a quo sostiene su incompetencia material para resolver el pedido de cese de la prisión preventiva del acusado a partir la referencia realizada por la defensora al contenido del art. 13 del CP., interpreta que esa norma determinaría que el juez en función de ejecución penal deba desarrollar una actividad «ponderativa o axiológica» respecto de las circunstancias que tornan procedente la libertad condicional, en particular, sobre la observancia regular de los reglamentos carcelarios, de la que aquella resulta incompetente. Entiendo que esa explicación demuestra un notable desacierto de su parte que se verifica en dos aspectos.

En primer lugar, cuando erróneamente interpreta que la defensora solicitó la libertad condicional, pues la reproducción del soporte audiovisual revela con absoluta evidencia que la petición efectuada ha sido correctamente canalizada y encuadrada, de acuerdo a la instancia procesal que atravesaba la causa, y que la referencia a la norma sustantiva lo fue con el propósito de señalar el cumplimiento de los requisitos legales que tornaban procedente –a su juicio– el cese de la detención cautelar. En segundo lugar, cuando interpreta que la legislación procesal requiere que, para otorgar el cese de la prisión preventiva, sea el juez de ejecución quien analice y merite el cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios. Entiendo que ello es incorrecto pues no se trata de la solicitud de la libertad condicional, resorte exclusivo del ejercicio de competencia material del juez de ejecución penal en los términos anteriormente señalados, sino de la cesación de una medida de coerción personal de carácter cautelar. En función de todo lo expuesto, considero que le asiste razón a la defensora cuando interpreta que la resolución impugnada, únicamente en el punto del resolutivo cuestionado (pto. “V”), adolece de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido, puesto que ha quedado demostrado sin mayor esfuerzo que contiene argumentos arbitrarios, circunstancia que acarrea la declaración de nulidad sólo de ese resolutivo. Por las razones precedentemente expuestas, oído el señor Procurador General, doy parcialmente respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso formulado en autos, anular el punto “V” de la sentencia N° 7.552 y sus fundamentos vertidos en forma oral dictada en el marco de los presentes autos N° P-16.294/20, y remitir al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine en forma urgente el juez que deberá resolver el pedido de cese de la prisión preventiva del imputado M. E. A. J. conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de M. E. A. J..
- 2.- Anular únicamente el punto “V” de la sentencia N° 7.552, y los fundamentos vertidos en forma oral con relación a ese resolutivo, dictada en el marco de los presentes autos N° P-16.294/20.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine en forma urgente el juez que deberá resolver el pedido de cese de la prisión preventiva del imputado M. E. A. J. conforme a derecho (art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **9- GIMENEZ. 23-06-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	PI	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcGMI.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 183, 55 del CP. Art. 4 Ley 24685. Art. 474 incs. 1° y 2° del C.P.P.

Voxx: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Concurso real. Daño simple. Análisis del contexto de perspectiva de género.

Summa:

El **JPC** condenó a la pena de **ocho meses de prisión efectiva** como autor responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género en concurso real con el delito de daño simple. revocó la condicionalidad de la pena impuesta, mediante sentencia N° 1.446, por el mismo Juzgado de un año y seis meses de prisión en suspenso, se procedió a unificar la mencionada pena con la presente, y se impuso en definitiva la pena única de dos años y dos meses de prisión efectiva.

La **defensa** del condenado interpone recurso de casación por entender que la Sentencia recaída fue arbitraria, no se aplicó el principio de sana crítica racional, ya que se arriba al veredicto por el testimonio de dos personas (víctima y su pareja) que son contradictorios entre sí; que no existe prueba que acredite las lesiones; que surge patente la inexistencia del elemento subjetivo del tipo de amenazas, que no debe encuadrarse el tipo en contexto de violencia de género y que resulta arbitraria también en relación a la unificación aritmética de la pena que se impuso.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Sostiene que el recurrente sólo pone en evidencia su discrepancia con la valoración que efectúa el a quo de las pruebas producidas en el debate como así también de las legalmente incorporadas.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de M I G. P. Tuvo presente la reserva federal efectuada. Impuso las costas a la vencida y difirió la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Resolución cuestionada: Sentencia N°6123, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS. 186-427. 21-12-1984: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- LS. 153-011. 07-03-1978: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- LS. 354-218, LS. 392-094, LS. 397-177.
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Alaniz Pinera. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

c- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

(S.B.)

Fallo

CUIJ: 13-05369713-9/1((018502-105968)) FC/ G M I P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (105968) (105968/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105542416*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05369713-9/1, caratulada “F. C/ G P, M I P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de M I G. P interpone recurso de casación (fs. 56/58 vta. y 60/62) contra la sentencia N° 6.123 (fs. 49 y vta.), y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de ocho meses de prisión efectiva como autor responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género en concurso real con el delito de daño simple (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, 183 y 55 del Código Penal y art. 4 de la Ley 26.485), que se le atribuye en la causa N° P-105.968/18. El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Se revocó la condicionalidad de la pena impuesta, mediante sentencia N° 1.446, por el Segundo Juzgado Penal Colegiado, con fecha 17/10/2018, en los autos N° P-58.661/18 y su acumulado P-58.668/18, en la que se le impuso la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, se procedió a unificar la mencionada pena con la presente, y se impuso en definitiva la pena única de dos años y dos meses de prisión efectiva.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado los siguientes hechos: «[q]ue siendo el día 27 de diciembre del 2.018 a las 00:50 horas aproximadamente, en el interior del local comercial “Tremendo Pancho” sito en calle Las Heras entre calle 25 de Mayo y Perú de Ciudad, se encontraba el ciudadano M I G. P, ex pareja de D.T.R.O. El ciudadano G. se acercó a J C, actual pareja de la Sra. [D.T.R.O], y le propinó un golpe de puño en la frente. Dicha situación fue presenciada por D.T.R.O que se encontraba junto a sus dos hijos menores de edad, que ante el estado de nervios de uno de los menores salen del local. Una vez en la vereda G. le manifestó a [D.T.R.O], en un contexto de violencia de género, “vení hija de puta vení, te voy a matar”, dichos que le causaron temor. Acto seguido el incuso se dirigió al vehículo Peugeot 505 dominio RZR344 que se encontraba estacionado al cual abolló la puerta delantera del acompañante y paracolpe delantero del mismo lado».

Para así decidir la sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes: las declaraciones testimoniales de D.T.R.O, J. C. y del Psiquiatra L. S.; el informe de valoración del riesgo de violencia física de la víctima; el informe del examen psiquiátrico del acusado; constancias del CEO y la declaración del acusado.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa oficial se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc 1 y 2 del CPP. Considera que la sentencia resulta arbitraria por no aplicar la sana crítica racional y el principio in dubio pro reo.

Al respecto, sostiene que la sentencia condenatoria solo se basa en los dos testimonios de cargo, el de la víctima D.T.R.O y el de su pareja J. C., los que, según su entender, se contradicen entre sí, en tanto D.T.R.O manifestó que G. P la amenazó, en cambio su pareja manifestó lo contrario. Esgrime que el acusado en su indagatoria negó haber amenazado y afirmó que él fue el agredido e insultado, circunstancia que, según su entender, nunca fueron valoradas.

Agrega que lo mismo ocurre con la supuesta lesión en la frente que el acusado le habría realizado a la pareja de la víctima, en tanto considera que no existe ninguna prueba que certifique tal lesión, a no ser sus dichos aislados y únicos.

Afirma que de haber habido los dichos que se le atribuyen al acusado, no existió dolo por su parte, en el sentido de finalidad de causar temor a la víctima: por el contrario, considera que eventualmente aquellos dichos fueron «producto de la bronca» al fragor de los hechos. De tal manera, sostiene que surge patente la inexistencia del tipo subjetivo de amenazas que se le endilgan como delito al acusado.

También estima que la sentencia es arbitraria por considerarse al hecho dentro del contexto de violencia de género, a su entender inexistente, en tanto refiere que el acusado no tenía contacto con la víctima, siendo el hecho casual.

En efecto, estima que no se puede sostener la existencia de violencia de género por la sola testimonial del psiquiatra que declaró en el debate. Por lo que considera que, bajo argumentos psicológicos, se cayó en derecho penal de autor.

Respecto del delito de daño al vehículo de J C, sostiene que no obra elemento probatorio idóneo para sostener que el acusado lo dañó.

Asimismo agrega que declararon que se trataba de un auto viejo y no bien mantenido, por lo que el recurrente considera que por un mero y vago informe policial, con una foto en blanco y negro que no señala específicamente el lugar de los daños, se considere al acusado como autor de los daños, en ausencia de otra prueba.

Asimismo menciona arbitrariedad por la suma aritmética en la unificación de penas a dos años y dos meses de prisión efectiva, no habiéndose aplicado el sistema compositivo, que es el criterio mayoritario establecido tanto en la jurisprudencia local como nacional, por lo que estima que al acusado le corresponde una pena menor.

En conclusión, argumenta que queda demostrado la falta de motivación y/o fundamentación suficiente de la sentencia condenatoria que por ser arbitraria nunca logró la certeza exigida por el orden jurídico para condenar, convirtiéndose así el fallo, a su entender, en aplicación no razonada del derecho vigente.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. Sostiene que el recurrente pone en evidencia su discrepancia con la valoración que efectúa el a quo de las pruebas producidas en el debate como así también de las legalmente incorporadas.

En efecto, destaca que en la fundamentación del fallo la sentenciante efectuó un análisis armónico, completo y contextual de todos los elementos existentes, comenzando por las manifestaciones de la víctima, a las que consideró apoyadas en los demás elementos existentes, exponiéndose detalladamente los motivos por los cuales así se consideró.

Al respecto, considera que la sentencia luce debidamente fundada y que la sentenciante contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al acusado, tal como lo hizo.

Con relación a la unificación de la pena como suma aritmética, entiende que la misma es totalmente factible, en tanto considera que siendo la sentencia anterior una unidad lógico jurídica, la unificación no puede actuar en desmedro de la cosa juzgada de la misma, con lo cual es correcto unificar la integridad de la pena anterior con la posterior, debiendo reducir en forma correspondiente la pena efectiva que va sufrir el condenado, utilizando el instituto del cómputo de pena.

Por último, entiende que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto del Dr. Valerio.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar. Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuyen diversos hechos que, como se dijo, fueron calificados como amenazas simples en contexto de violencia de género y daño simple, siendo la denunciante su ex pareja, D.T.R.O y la pareja actual de ésta última, J.C. La defensa cuestiona la acreditación del contexto de violencia de género en la instancia anterior. De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la valoración probatoria con perspectiva de género. En particular, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez**

Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros). En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)». Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración

probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)). Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»). En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–. En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a

algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) –conf. «Zurita»–. En tercer orden, y tal como destaqué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. En efecto, y tal como entendió el tribunal de la instancia anterior, nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género. Al respecto debe destacarse la contundencia de lo informado por el médico psiquiatra Leandro Silvestre, quien en el informe de valoración de riesgo de violencia física de D.T.R.O., señaló que «[l]a examinada ha mantenido una relación de pareja donde describe que no presentaban en las interacciones situaciones de violencia, si bien en su discurso denota que previo a los conflictos existían elementos compatibles con disfuncionalidad. No obstante ello refiere que hace dos años aproximadamente que el denunciado detectó que la examinada se encontraba iniciando una relación sentimental con otra persona, su actual pareja, lo que asocia al inicio de conductas violentas hacia su persona. En dicho contexto se detecta que a partir del inicio de la violencia la dinámica ha resultado de tipo asimétrica, donde el varón se ha posicionado en un rol de dominio y control con utilización de violencia y existencia de celos intensos. El tipo de violencia que se ha producido es psicológica, consistente en gritos, insultos, descalificaciones, denigraciones, humillaciones, con existencia de amenazas verbales de muerte. Asimismo refiere que en el contexto de discusiones se han producido amenazas de muerte exhibiéndole cuchillos o amagando con una botella de fernet, con la intención de intimidar a la examinada. Refiere que en junio del corriente año el denunciado frente a un nuevo episodio de celos, le envió foto de un revolver que tenía en la mesa de su casa, con amenazas de muerte hacia ella y su actual pareja. A nivel físico refiere que han existido eventos, consistentes en cachetones, arrojar objetos, empujones, tirones de cabello, golpes de puño y patadas. A nivel sexual refiere forzamientos de parte del denunciado a mantener relaciones pese a su negativa» (fs. 79 vta. Expte P-105.968/18). A ello agregó que D.T.R.O. «[n]o

presenta alteraciones psicopatológicas de relevancia clínica al momento de la evaluación. No obstante ello presenta ansiedad, tensión interna, con sentimientos de temor e impotencia frente a la persistencia de las conductas de hostilidad, persecución y celos intensos por parte del denunciado que en más de una ocasión concluyen en amenazas de muerte». Por último, sindicó que «[e]n función de lo evaluado la estimación de riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital es alto». (fs. 79 vta. Expte P-105.968/18).

Asimismo, la sentenciante manifestó que «[t]an contundente fueron los dichos del Dr. S. que preguntado que fue por el Ministerio Público Fiscal concretamente si en relación al relato que recibió y las circunstancias, él podía decir que nos encontramos en un contexto de violencia de género, el mismo expresamente dijo que el relato de la víctima tenía coherencia, correlato emocional, aporte situacional y que existe en este caso un supuesto de violencia sobre la mujer en razón de su género» (ver registro audio visual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 15:45). Por lo expuesto, considero que la solidez de este elemento de prueba, sumado a la declaración de D.T.R.O., permite descartar el agravio destinado a afirmar que la sentencia resulta arbitraria por considerarse al hecho dentro del contexto de violencia de género por la sola testimonial del psiquiatra.

En efecto, se advierte que el Dr. S. fue claro y contundente al afirmar que nos encontramos en presencia de un caso de violencia contra la mujer en razón de su género. Asimismo, la sentenciante manifestó, consideración que comparto, que «[...] no existe ningún fundamento que pueda justificar mi apartamiento desde la sana crítica racional del informe suministrado por un perito que ha depuesto en la causa y por lo demás porque surge tanto de la conducta asumida y del relato de la víctima y del testigo» (ver registro audio visual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 18:08). En definitiva, el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa y ha tenido debidamente acreditado el contexto de violencia de género. Por tal motivo, el agravio vinculado con ello no puede prosperar.

b.- Acerca de los demás cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por la jueza de sentencia y al modo de fundamentar su decisión.

En orden a los demás agravios señalados por la defensa respecto de la sentencia cuestionada, considero que ésta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Ello en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de D.T.R.O. y demás testigos que declararon durante el debate, así como la declaración del acusado; elementos que la sentenciante valoró de manera integral, contextualizada –con la debida perspectiva de género que el caso imponía– y conforme las normas de la sana crítica racional.

En primer lugar debo señalar que el tribunal de sentencia valoró acertadamente la totalidad de los dichos de la denunciante D.T.R.O y del testigo J C, con respecto al hecho denunciado, otorgándoles credibilidad. Así, la sentenciante consideró que ambos testigos describieron en forma pormenorizada y detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el hecho.

De este modo, surge evidente que la impugnación no constituye una crítica razonada de la resolución, sino una mera discrepancia del recurrente con el criterio valorativo que utilizó la sentenciante en el análisis probatorio, sin aportar razones que descalifiquen los argumentos de la a quo. Esta discrepancia se evidencia cuando el recurrente afirma que la sentencia condenatoria sólo se basa en los dos

testimonios de cargo, el de la víctima y el de su actual pareja. Estas declaraciones, a modo de ver de la defensa, se contradicen entre sí.

Ello, en tanto la víctima manifestó que el acusado la amenazó y, en cambio, su pareja habría señalado lo contrario. Según entendió acertadamente la jueza de la instancia anterior, no existe ninguna duda acerca de la existencia material de las amenazas de M G. hacia D.T.R.O. y, a su vez, las contradicciones señaladas por la defensa no son tales. En efecto, durante la audiencia de debate la D.T.R.O. manifestó que G. les dijo que «[los] iba a matar» (ver registro audiovisual, audiencia del 27/2/2020, a partir del minuto 24:53). En sentido similar J C expresó que el acusado le expresó que «[lo] iba a matar» (a partir del minuto 42:45). Así, la sentenciante consideró en los fundamentos, ante el mismo planteo realizado por la defensa en esta instancia, que el testigo había escuchado claramente la amenaza, «te voy a matar», realizadas por G., con la diferencia que el testigo las entendió dirigidas hacia sí mismo, mientras que la víctima las entendió dirigidas hacia ambos. Por lo que considero que no existe de ninguna manera una contradicción en sus dichos, tal como lo plantea el recurrente.

De tal modo, el agravio debe ser rechazado. Asimismo, la sentenciante indicó que las circunstancias alegadas por ambos testigos, en forma coincidente, encuentran respaldo probatorio en las constancias del CEO, que da cuenta de haber recibido un llamado telefónico por parte de quien dijo ser la víctima manifestando que su ex pareja se había acercado al lugar, le había aplicado un golpe de puño a su actual pareja y luego se había retirado (fs. 120 vta.).

En segundo lugar, considero que tampoco tiene entidad para conmovir la decisión de la sentenciante, la alegación de la defensa con relación a que la declaración del acusado, quien negó haber efectuado la amenaza y afirmó haber sido él agredido, no fue valorada. Al respecto considero que la crítica no rebate los argumentos que esgrimió la a quo con relación a este punto. En efecto, la jueza expresó sobre ello que «[e]l relato del acusado no sólo que no encuentra respaldo en ningún elemento de prueba incorporado a la causa, sino que además se encuentra expresamente desmentido por los testimonios de D.T.R.O. y de JC y por las constancia del CEO. Y por otro lado aparece incoherente frente a la sana crítica racional decir que él fue la víctima de todo el acontecer, que él se encontraba ya dentro del local comiendo en el mostrador, que lo insultaban y provocaban desde afuera y luego que fue el Sr. C quien ingresó y lo golpeó, manteniéndose él en todo momento ajeno, no respondió, no insultó, no golpeó, no se defendió porque ya tenía una denuncia por violencia de género y no obstante eso el personal de “Tremendo Pancho”, estando el victimario, según la versión del imputado, afuera y la víctima adentro, lo que hizo fue sacar a la víctima afuera, esto justamente no guarda ninguna coherencia con la sana crítica racional, en tanto si el imputado hubiera sido la víctima el personal del local comercial hubiera procedido a su protección y no a sacarlo afuera a él para que pudiera seguir siendo atacado» (ver registro audiovisual, audiencia del 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 19:58). Asimismo, la sentenciante hizo referencia que «[e]l imputado dice que él se encontraba comiendo en ese momento en el mostrador cuando empezó ser agredido e insultado por las víctimas y sin embargo dijo también que los vio descender del auto, describió donde estaba estacionado el auto, lo cual resultó incompatible con su primera versión de que no lo conoce a C, que no sabe ni en que auto circula, es decir, el mismo imputado además ha incurrido en serias contradicciones en su defensa, lo cual insisto además no tiene correlato probatorio» (ver registro audiovisual, audiencia del 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 21:38). Estas consideraciones de la jueza de la instancia anterior con relación a la declaración del acusado resultan acertadas, por lo que, al no brindar la defensa buenas razones que las desvirtúen, tampoco puede resultar de recibo el agravio en

análisis. Lo mismo ocurre, con el planteo realizado por el recurrente con respecto a que no existe ninguna prueba que certifique la supuesta lesión en la frente que el acusado le habría realizado a J C. Este punto también fue planteado por la defensa y resuelto por la a quo en la sentencia impugnada. Así, la sentenciante manifestó que «[l]a constancia dejada en la fiscalía de la existencia de la pequeña lesión viene a corroborar como un indicio más la versión tanto de [D.T.R.O.] como de C, en el sentido que fue el imputado quien le propinó un golpe de puño en la frente, que es donde se constató esta pequeña hinchazón. De hecho no fueron instadas las lesiones pero sí existe esta constancia que corrobora la versión de los otros testigos» (ver registro audiovisual, audiencia del 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 23:20).

También considero que debe rechazarse el planteo relativo a que no existió dolo por parte del acusado, en el sentido que sus dichos no habrían tenido la finalidad de causar temor a la víctima. Respecto a este aspecto la sentenciante sostuvo que «[...] ha quedado acreditado del dicho o las manifestaciones efectuadas por el encartado diciendo “te voy a matar” o “los voy a matar” en definitiva constituyen manifestaciones desde el punto de vista objetivo idóneas para encuadrar dentro de las previsiones del art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del Código Penal, constituyendo el anuncio de un mal grave, inminente, dependiente de la calidad del sujeto activo, que resulta idóneo para lesionar el bien jurídico protegido que es la integridad psicológica de las personas y de hecho lesionó, por cuanto ambos, la denunciante y el testigo C, manifestaron haber sentido temor, sobre todo la denunciante [D.T.R.O], de hecho concurrieron en forma inmediata a efectuar la denuncia» (ver registro audiovisual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 26:52). Asimismo, la a quo señaló que «[e]l Sr. J C indicó que sintió bronca pero fundamentalmente dijo que creía que era posible que hiciera una cosa así puesto que ha habido numerosos incidentes previos con el imputado, que lo había ido a buscar a la salida del trabajo, que lo había golpeado, que le había incendiado el auto, es decir estas manifestaciones creyéndolo capaz de cumplir sus amenazas implican claramente una acreditación que también ha sentido a su respecto y a concreción del resultado de atemorizar y no puede haber sido hecha estas manifestaciones sino con ese mismo fin atemorizar a su destinatario» (ver registro audiovisual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 28:00).

De tal manera, resulta claro que no es posible sostener la ausencia de dolo en los dichos del acusado, en tanto considero que los dichos no fueron producto de la bronca al fragor de los hechos, tal como lo plantea el recurrente, sino por el contrario fueron dirigidos con la intención de atemorizar a la víctima, lo que surge claramente de su testimonio. En tercer lugar, la alegación relativa a que sólo existe un mero y vago informe policial para sostener que el acusado dañó el vehículo de J C, no tiene entidad alguna para rebatir las conclusiones a las que arribó la sentenciante. Esto en razón que afirmó en sus fundamentos, ante el mismo planteo realizado por la defensa durante el debate, que «[e]n el derecho penal todo se puede probar y por cualquier medio y existe aquí un acta de inspección ocular que deja clara constancia de la constatación de los daños realizados al vehículo Peugeot 505 dominio y además los daños constatados resultan compatibles con la conducta atribuida al imputado por ambos testigos que en forma coincidente también indicaron cuál fue el accionar desplegado por el Sr. G.. Ambos dijeron que el mismo abría y cerraba la puerta haciendo palanca y esto provocó que se abollara tanto la puerta delantera del acompañante como el paragolpes. Esto resulta compatible y se encuentra acreditado con el acta de inspección ocular» (ver registro audio visual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 24:16). Conforme a tales argumentos, que tampoco logra rebatir la defensa, el agravio no puede prosperar.

Por último, considero que tampoco tiene entidad para conmovir la decisión de la sentenciante las alegaciones de la defensa en relación a la arbitrariedad de la sentencia por la suma aritmética en la unificación de penas, en tanto no existen argumentos válidos para que se deje sin efecto su decisión. Al respecto, cabe destacar que en el precedente «Vega Ríos» tuve ocasión de referirme acerca de la regla y la excepción en los métodos de cuantificación de la pena única, el sistema compositivo y de suma aritmética. Así, en lo pertinente sostuve que «[...] cuando nos encontramos ante casos de unificación en donde no se verifica la existencia de violación a las reglas previstas en los arts. 55 al 57 del Código Penal, debe diferenciarse según: i) aquellos casos en que las penas a unificar, de acuerdo a las escalas penales previstas en abstracto por los respectivos tipos penales endilgados, se presenten cuantitativamente por encima de los mínimos legales, supuesto en que la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de la suma aritmética de los montos punitivos determinados para cada delito juzgado y condenado, y, de manera excepcional, el sistema de la composición; mientras que, ii) cuando una o ambas penas sea igual al mínimo legal, estimo que la relación entre ambos sistemas se invierte, resultando la aplicación del método aritmético de orden excepcional. Esta interpretación se justifica, según entiendo, porque en este último caso, si el legislador hubiera previsto escalas penales con penas menores, la decisión adoptada por el juzgador hubiera significado condenar al agente con una pena inferior». Señalé también en esa ocasión, si bien en referencia al caso pero con consideraciones aplicables al presente, en lo pertinente, que «[e]l tribunal de mérito tomó en cuenta diversas circunstancias de estas actuaciones para adoptar el método de suma aritmética para efectuar la unificación de penas, entre otros: a) que tal labor constituye un hecho de orden público; b) que la inexistencia de violación a las reglas del concurso impide aplicar el método compositivo sugerido por las partes (minuto 1:05:20), el que determinaría que, aun cuando se ha acreditado la comisión de éste segundo delito, con posterioridad a la primera condena, y antes del vencimiento del plazo previsto en el art. 27 bis, aquel resulte desprovisto de pena alguna (minuto 1:02:40); c) que, según su interpretación, el art. 27 del código de fondo, cuando dice que “Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas”, utiliza la conjunción “y”, lo que significaría que debe cumplir con “algo más”, una “sumatoria”». En este sentido, de acuerdo a la posición señalada precedentemente resulta que en el caso concreto la regla general para la unificación de pena en ambas sentencias, por hechos cometidos por el acusado y que son de violencia de género, es la aplicación del método de suma aritmética. Como vemos, el acusado fue condenado en primer término, a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, como autor del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género y del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil, previstos y penados en los arts. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y 189 bis inc. 2, primer párrafo del Código Penal, normas sustantivas que reprimen esas conductas con una escala penal en abstracto que va desde un mínimo de un año a los cinco años como máximo. Mientras que en la segunda condena, se le aplicó la pena de ocho meses de prisión por haber cometido el delito de amenazas simples en contexto de violencia de género en concurso real con daño simple, tipificados en los arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, 55 y 183 del Código Penal, cuya escala penal va desde los seis meses a tres años de prisión. Asimismo, es de señalar que la sentenciante dio razones suficientes respecto al método de acumulación aritmética escogido, no resultando arbitraria, ni tampoco excesiva, la pena única impuesta. Así, indicó que «[...] cuando se posee una condena de ejecución condicional, como bien dice el art. 27 bis, y se comete un nuevo delito no habiendo transcurrido los plazos previstos por el art. 27, el condenado cumplirá la pena impuesta en la condena y la pena impuesta en la presente condena.

Esta expresión “y” no puede significar sino un “más”, una adición desde el punto de vista del lenguaje. Cuando uno hace referencia a la expresión o conjunción “y”, está haciendo referencia a un algo más». Por lo tanto, determinó que «[...] habiéndosele impuesto en la presente causa ocho meses y teniendo en consideración que la pena anterior era de un año y seis meses, la unificación sería de dos años y dos meses» (ver registro audio visual, audiencia 5/6/2020, tercera parte, a partir del minuto 32:07). Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Dres. Palermo y Adaro. Adhieren.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

En virtud de los motivos que a continuación expondré, comparto la solución que propicia mi colega preopinante, aunque difiero en las razones expuestas en relación con el método de unificación de penas utilizado por el a quo. En efecto, si bien no coincido con el criterio sustentado en el voto que antecede respecto de los casos en que corresponde aplicar el sistema aritmético en el procedimiento de unificación de penas, entiendo que –en el caso concreto– el agravio defensivo que cuestiona ese punto de la resolución impugnada no puede prosperar. Ello, toda vez que el tribunal de juicio dio acabadas razones por las que procedió a unificar las penas del modo en que lo hizo y en tanto no se advierte ninguna arbitrariedad en su pronunciamiento. En función de ello, coincido en que debe darse respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. En cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales», «Zurita» y «Mejía Salvador» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M I G. P. Ahora bien, en primer lugar debo señalar que tal como he indicado en precedentes anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», entre otros), entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, **Caso del penal C C vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros). Asimismo señalé en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta**

problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de M I G. P.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **10- FUNES SOLORZA. 08-07-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	SA	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcFSG.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Amenazas. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de seis meses de prisión por el delito de amenazas simples. (artículo 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación recurso de casación y de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio y de inconstitucionalidad promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N°674, pronunciada por el TPC N°2-1 CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros
- L.A. 104-298; 142-289, entre otros

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04851560-0/1((018602-32817)) FC/ F S G G. P/ COACCIONES (32817) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104934152*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04851560-0/1 caratulada “FC/ F S, G G. POR COACCIÓN S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de G G. F S interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad contra la sentencia N° 674 que lo condenó a la pena de seis meses de prisión con costas y accesorias legales como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (artículo 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP), fallo pronunciado por la Sala 2 del Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento en costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por acreditado que el 9 de abril de 2017, aproximadamente a las 04:00 de la mañana, la Sra. L. H. se encontraba en su domicilio de calle en compañía de su hija F. G. y a raíz de los ruidos, golpes provenientes de la casa vecina sita en la calle, llamaron a la policía, que constató la situación denunciada. Luego que los informados se retiran del lugar, el Sr. G G. F S, quien reside en la vivienda colindante al de las víctimas, les gritó a estas últimas a viva voz y por la ventana de su casa «yo estoy enferrado, yo sé que ustedes están solas todo el día, les voy a prender fuego la casa, sigan llamando a la policía que las voy a matar». El tribunal resolvió condenar a F S como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples.

Para así decidir el tribunal valoró la declaración testimonial de Liliana Herrera, de Lourdes Gómez, informe de la Dirección de la Mujer de fs. 77 y examen psíquico de fs. 115 vta.

2.- Recurso de casación y de Inconstitucionalidad.

La defensa articula su queja con sustento en el art. 474 del CPP, por entender que la sentencia cuestionada adolece de vicios que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

Considera que la fundamentación de la sentencia impugnada exhibe una fundamentación contradictoria (art. 416 inc. 4 del CPP) y, agrega que de haberse valorado el plexo probatorio de manera acorde a la normativa procesal vigente, debió absolver a F S, por imperativo del art. 2 del CPP. Expresa que la conducta del imputado resulta atípica desde que no existe turbación espiritual ni el dolo requerido por el art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP.

Asimismo interpone recurso de inconstitucionalidad en tanto sostiene que la sentencia condenatoria exhibe una fundamentación contraria a la Constitución Nacional. Estima que se condenó a F S a una pena de seis meses de cumplimiento efectivo por una situación fáctica que se encuentra flagrantemente en duda. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 158/159, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo de los remedios extraordinarios intentados.

En orden al recurso de **inconstitucionalidad**, el Procurador entiende que la impugnación resulta formalmente inviable, toda vez que en la normativa vigente, el recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra una sentencia definitiva o un auto expresamente previsto, cuando aplique o deje de aplicar una ley o artículo de ley cuya constitucionalidad se cuestione porque estatuye sobre materia regida por la Constitución Nacional, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

Agrega que desde la doctrina se aclara que lo que se ataca no es la decisión jurisdiccional impugnada, sino el fundamento legal en que se basa esa decisión y concluye que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente motivada o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

En relación al recurso de casación se expide por el rechazo del remedio intentado, desde que la impugnación constituye una discrepancia del recurrente con la valoración del plexo probatorio, llevado a cabo por el juez de anterior instancia. Agrega que del registro audiovisual de la audiencia oral como de los fundamentos de la sentencia condenatoria impugnada, se advierte que el Juez valoró debidamente el plexo probatorio que le permitió tener por acreditada la existencia material del hecho y la autoría de F S.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación y de inconstitucionalidad formulado por la defensa del acusado no pueden prosperar. Paso a explicarlo.

En relación al recurso de inconstitucionalidad comparto el dictamen del Procurador General cuando sostiene que la impugnación es formalmente inviable.

Este Cuerpo ha venido expresando que conforme a la sistemática de la ley procesal, el recurso de inconstitucionalidad sólo procede en materia penal, si se invoca y funda en alguna de las causales previstas en el art. 489 del citado cuerpo legal.

De lo que surge que dicha censura es procedente, siempre que se cuestione la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia constitucional, es decir, cuando el agravio cuestione alguna de las normas mencionadas, y no cuando se objeten las decisiones jurisdiccionales. **(L.A. 104-298; 142-289, entre otros).**

En el caso concreto se verifica, según surge de los agravios aludidos el censurante ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad en base a lo previsto en el art. 489 del C.P.P., fundándolo en la alegada arbitrariedad de la sentencia por vicios en su motivación, lo que implica su inviabilidad formal, en tanto dirige el ataque contra una resolución judicial porque en ésta no se han observado las normas que conminan con sanciones procesales el resguardo de garantías constitucionales, y no porque se hubiera

aplicado una norma inconstitucional o bien se hubiera negado su aplicación declarándola erradamente inconstitucional, en relación a la naturaleza del recurso intentado.

Falencias que conducen al rechazo del planteo formulado. En orden al recurso de casación, de manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en la especie no ocurre.

A fin de fundamentar la decisión anticipada, advierto que el a quo ha fundamentado debidamente tanto la existencia del hecho como la autoría que se sindicó a F S en el mismo. En este sentido, según registro audiovisual de los fundamentos orales de la sentencia en recurso, el juzgador analizó lo relativo a la existencia material del hecho y la autoría de F S. En efecto, el tribunal tuvo por acreditado que el 9 de abril de 2017, aproximadamente a las 04:00 de la mañana, la señora L. H. se encontraba en su domicilio de calle en compañía de su hija F. G. y como escuchaban golpes, ruidos y música a un volumen exagerado provenientes de la casa de al lado, llamaron a la policía.

Una vez que personal policial se retiró del lugar, el señor G G. F S, les gritó a estas últimas a viva voz y por la ventana de su casa «yo estoy enfierrado, yo sé que ustedes están solas todo el día, les voy a prender fuego la casa, sigan llamando a la policía que las voy a matar».

La sentencia condenatoria se sustenta esencialmente en la declaración testimonial de L. H. que sostuvo que tenían una relación de vecindad muy conflictiva, y que ese día 8 de abril de 2017, los problemas comenzaron alrededor de las nueve de la noche, cuando los vecinos pusieron música a alto volumen y luego a la madrugada la víctima escuchó que daban golpes en el muro y por esa razón llamó a la policía.

En esa circunstancia la policía constató esos golpes y se dirigieron a la casa del imputado, entrevistaron a la hermana del imputado a fin de que los golpes cesaran. Narró que cuando la policía se retiró comenzaron los golpes y fue en ese contexto que F manifestó que les iba a prender fuego la casa y que siguieran haciendo denuncias, que él tenía abogado y que las iba a matar.

En esas circunstancias, H. contó que sintió temor porque ya habían ocurrido episodios de violencia e incluso F fue condenado a la pena de un mes de prisión en forma condicional en el año 2011, por haberle provocado lesiones en la cabeza al hijo de H..

Agregó la denunciante que esta situación de temor se vio incrementada porque ella vive sola con su hija, y pasan la mayor parte del tiempo solas y en alguna oportunidad vieron al imputado manipulando un arma en la vereda.

Asimismo narró que el imputado no respetaba las normas de convivencia, que ponía la música a todo volumen, y que también habían tenido dificultades con los perros que quedaban en la calle, todo lo cual revela la existencia de una convivencia vecinal complicada.

El juzgador consideró que los dichos de L. H. fueron corroborados con la declaración de su hija, F. G., en tanto su testimonio coincidió con el de su madre y agregó que a raíz de la mala relación de vecindad habían formulado muchas denuncias.

Luego de evaluar estos testimonios, el juez sostuvo que la versión del imputado resultó ineficaz para enervar el valor de los testimonios prementados y muy particularmente cuando sostuvo que las víctimas habían entendido mal lo que él había dicho, puesto que no había dicho absolutamente nada.

Por otro lado, el examen de fs. 115 y vta., practicado por el Dr. José Profili del Cuerpo Médico Forense, revela que el imputado poseía una personalidad ansiosa, inmadura e inestable afectivamente con escaso control de sus impulsos, y ante situaciones de tensión podía reaccionar de manera desajustada, especialmente tras la ingesta de alcohol.

De tal modo, junto a los testimonios concordantes de las víctimas, y el informe psíquico, el juzgador consideró que el informe de fs. 77, reveló un contexto de violencia de género y que F S se valió de esa situación para amenazar de muerte a la víctima y con incendiarle la casa si lo denunciaba.

El juzgador consideró el contexto de conflictividad en la relación de vecindad entre denunciante y víctima y en razón de la prueba colectada condenó a F S por el delito de amenazas simples, pues tuvo por acreditado que el imputado les dijo que les iba a prender fuego la casa y que las iba a cagar a tiros (sic).

Con lo que llevo dicho hasta aquí y del relevamiento de las constancias de la causa y, específicamente de los fundamentos orales brindados por el juzgador advierto que el recurrente expone sus agravios a través de una diversa interpretación del material probatorio que lo conduce a desconocer la plataforma fáctica tenida por acreditada, con lo cual la censura constituye una mera disconformidad con la labor de ponderación llevado a cabo por el juzgador, sin que la defensa demuestre la arbitrariedad que denuncia.

Ello en tanto se agravia por la violación a los principios de la sana crítica racional, pero expresa este agravio en forma genérica y sin referencia concreta a la sentencia atacada, limitándose a expresar que el fallo ha omitido meritar puntos relevantes de las pruebas, lo que a su criterio la torna nula, sin señalar cuáles son esas pruebas relevantes, y de qué manera debió el inferior valorarlas, impidiendo así la labor de este Cuerpo respecto de la revisión que propugna.

Ahora bien, el recurso se estructura en torno a la versión defensiva que afirma que sólo se trató de un conflicto entre vecinos, lo que le quitaría tipicidad a la conducta del imputado y que las palabras proferidas por F S, carecieron de entidad como para conmover a las víctimas, por lo que concluye que el juzgador debió absolver por aplicación del principio in dubio pro reo a su pupilo del delito de amenazas simples. Pretensión que será descartada toda vez que el tribunal de juicio –en base a los elementos de prueba detallados con anterioridad– arribó a la certeza necesaria en esta etapa procesal, sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio.

El análisis del mérito probatorio fue plasmado en una resolución sin arbitrariedades, ni parcialidad y, motivada de manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo. Razones que me conducen al rechazo del remedio intentado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación, interpuesto por la defensa de G G. F S.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **11- CHICA SIERRA. 25-08-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
													N	474
VG	-	AM	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcCSE.pdf

Lex: Art. 142 inciso 1° del CP. Art. 474 incisos 1° y 2° del CPP.

Vox: VG. Privación ilegítima de la libertad. Valoración integral de la prueba. Perspectiva de género. Nulidad de la sentencia.

Summa:

La **Excelentísima Primera Cámara del Crimen** absolvió al inculpado mediante Sentencia N° 7820, dictada en fecha 19 de septiembre de 2017, respecto del delito de Privación ilegítima de la libertad agravada por aplicación del principio in dubio pro reo (Art. 2 del CPP).

La **Fiscal** de la Primera Cámara del Crimen interpuso recurso de casación, conforme lo normado por los Arts. 474 incisos 1° y 2° del Código ritual.

El **Procurador General** adhirió a los fundamentos vertidos por la Fiscalía de Cámara.

La **SCJM** hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, anuló la Sentencia N° 7820 y sus fundamentos y dispuso la remisión de las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado I a los efectos de la integración de un Tribunal para realizar nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7820, pronunciada por la Excelentísima Primera Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L. S. 153-011 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 354-218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177
- L.S. 388-219
- L.S. 381-233 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- LS. 382-107
- LS.388-219
- LS.398-42
- LS. 401-188 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177
- Cruz Caporiccio.17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf

- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Doctrina citada.

DI CORLETO, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1.

Párrafos destacados.

En ese marco de entendimiento, me permito realizar algunas observaciones respecto de ciertos razonamientos específicos que el sentenciante formula, más allá de su grado de incidencia en el razonamiento que funda la decisión final adoptada. Lo hago, toda vez que los mismos resultaran reproductores de prejuicios de corte patriarcal y evidencian el sostenimiento de premisas fuertemente influenciadas por patrones socio culturales discriminatorios para la mujer que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Así, el juez de la instancia previa entendió que la circunstancia de que los hechos hayan tenido lugar «[...]en el marco de una noche de diversión, alcohol y otros excesos» es una «[...]primer alerta que se debe tener muy en cuenta a la hora de valorar la fidelidad y credibilidad de sus dichos, precaución que se potencia cuando se advierte que en el examen psíquico que se le practico en la misma oportunidad, nos advierten que la denunciante es una persona con antecedentes de consumo de cannabis y cocaína y bebedora excesiva de alcohol» (fundamentos, fs. 217 vta.). Tal como lo destaca el ministro preopinante, estos aspectos de la personalidad de L.N.A., y aun el estado de alcoholización que presentaba la víctima al momento de los hechos, no pueden desvirtuar el testimonio brindado por ésta a lo largo de todo el proceso, en donde se mantuvo constante en relación a las circunstancias que conformaron el objeto procesal, el que también encontró sustento probatorio en la prueba periférica incorporada al debate. Pues bien, afirmaciones como la transcripta ponen en evidencia cuan profundo calan en la administración de justicia los prejuicios estereotipados en torno a las mujeres en situación de vulnerabilidad; y, más grave aún, desconocen los riesgos y las violencias estructurales a la que las mujeres se encuentran expuestas.

Pero fundamentalmente, el peligro de la adopción de tales posturas es que pueden derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (Informe CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero 2007). Situación que, conforme ya sostuve, resultan contrarias al mandato del Derecho Internacional y son lesivas de las pautas de igualdad y no discriminación en el acceso a la Justicia (voto Dr. Adaro).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-04236991-2/1((010501-19701)) FISCAL C/ C. S. E. G. P/ PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA (19701) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104306619*

En Mendoza, a veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la sala segunda de la excelentísima suprema corte de justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04236991-2/1 caratulada “FC/ C. S. E. G.P/PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR VIOLENCIA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 238/234 vta. la entonces fiscal de la Primera Cámara del Crimen, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 7.820 de fecha 19 de septiembre de 2017 y sus fundamentos (fs. 203 y 204/225) de la ex Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

La misma absuelve a C. S. E. G. del delito de privación de la libertad agravada (art. 142 inc. 1° del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada –en lo pertinente– absolvió a C. S. E. G. del delito que se le atribuyera en la causa N° P-19.701/14, por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP). En efecto, en la plataforma fáctica del auto de elevación a juicio se sostuvo que el «[2]1 de febrero de 2014, siendo las 9:30 horas aproximadamente, en momentos en que la víctima de estos autos, se encontraba en un lugar tipo “after”, ubicado en la A., sobre calle S. M. de Ciudad de Mendoza [...], a dos cuadras de la calle A. se le acercó un sujeto, identificado como C. S. E. G., y le ofrece llevarla hasta el vehículo que ella había dejado estacionado a unas cuadras de ese lugar. En ésta oportunidad la sube a su automóvil y en ese acto se produce un forcejeo en el que no le descender del mismo, inmovilizándola e insultándola. Con posterioridad, un cuida coches y personal policial divisan la situación y ponen fin al conflicto. En ese acto, la víctima los anoticia de lo sucedido y son trasladados ambos a la dependencia judicial, momento en el cual se tomó aprehendido al hombre. Como consecuencia del hecho, la víctima sufrió lesiones que le demandaron un tiempo de curación inferior a un mes» (ver fs. 135/137).

2.- El recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 238/243 formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

Luego de transcribir el hecho contenido en el auto de elevación a juicio y la calificación legal, refirió que formuló acusación en el debate por el delito de privación de la libertad agravada (art. 142, inc. 1° del CP) y solicitó una pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso.

En primer lugar refiere que el tribunal de juicio, contradictoriamente, sostiene que la absolución se encuentra motivada en la existencia de una duda insuperable, no obstante afirmar luego que lo que realmente hubo y resultó probado, fue un transporte de cortesía hacia la víctima; contexto en el que hubo una negativa de ésta a acceder a una relación sexual, siendo ese el motivo por el que el acusado inmovilizó a la víctima.

En segundo lugar entiende que ha habido una errónea interpretación y aplicación del art. 142, inc. 1° del CP a cuyo efecto transcribe algunos pasajes de los fundamentos.

Así, afirma que discrepa con el sentenciante cuando sostuvo que el dolo requerido por la figura es un dolo específico que en el caso no se verifica, pues en el debate se ha revelado una situación diferente a la intimada, en tanto la inmovilización perpetrada fue el modo comisivo de otra conducta, que no puede ser objeto de juzgamiento pues es un delito de instancia privada que no ha sido instado.

En el mismo sentido, refiere que tampoco acuerda con el juez de la instancia previa en que ese dolo específico no se verifica por haber tenido el acusado una finalidad diferente a la de solo privar a la víctima de su libertad, cual es «disfrutar con ella de un momento de placer sexual», impedido por la negativa de la mujer.

Al efecto, la recurrente afirma que la totalidad de la doctrina, entre los que cita a Donna y Romero Villanueva, sostiene que la figura en cuestión solo requiere de dolo genérico, bastando desplegar la conducta con el conocimiento de que de algún modo se restringe o limita la libertad corporal de la víctima sin derecho legítimo a ello.

Aduna a ello que el acusado conocía perfectamente que con su conducta privaba de la libertad a la víctima, lo que surge claramente del testimonio de ésta así como que ejerció violencia para ello, a fin de vencer su resistencia y lograr su inmovilización y permanencia dentro del vehículo, habiendo quedado prueba objetiva de la violencia física desplegada en su cuerpo.

Sostiene por ello que está probada con certeza no sólo la existencia del hecho sino la arbitrariedad de la conducta del acusado, y el dolo con el que actuó que conforma el tipo subjetivo, sin existir error alguno que pueda excluir su concurrencia, entendiendo errónea la inclusión por el a quo de un especial elemento del ánimo que no requiere la figura.

Seguidamente afirma que la privación de la libertad es una figura subsidiaria, que puede ser parte del inicio o ejecución de otro delito e incluso ser el medio comisivo para perpetrar otro delito, y que conforme a los principios de subsidiariedad, consunción o especialidad que lo vincula con otra figura puede ser excluida su operatividad, ya sea por haberse configurado ese otro, por relación de medio a fin o de progresividad, lo que se llama concurso aparente de leyes.

Afirma que en el caso no habiendo la víctima instado la acción penal por el delito de índole sexual, subsistió la posibilidad y el deber de perseguir la conducta de privación de la libertad que subsistía y que aparecía como medio comisivo de aquel y que es, en sí misma típica.

Esto, pues resulta absolutamente irrelevante cuál ha sido el motivo por el cual la víctima quiso bajarse del auto, cuando lo cierto y probado es que el acusado se lo impidió utilizando para ello violencia física, la que cesó por la intervención policial ante los pedidos de auxilio.

Finalmente, la recurrente formula críticas al tribunal de sentencia porque entiende que la solución conlleva un mensaje perjudicial que atenta contra las víctimas de delitos sexuales.

Al efecto afirma que el fundamento de la instancia de la acción nace como una prerrogativa para proteger a la víctima y que razonamientos como el recurrido no hacen sino desnaturalizar dicha prerrogativa privándolas de obtener justicia por las demás conductas delictivas que sufrieron en el contexto o como medio comisivo de éstos.

Además, vulneraría el compromiso del Estado argentino en la lucha contra la violencia hacia las mujeres asumido mediante compromisos internacionales.

En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, se case dicha sentencia y de conformidad con el art. 485, párrafo primero del CPP, se condene al acusado a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso por el delito de privación de la libertad agravada, art. 142 inc. 1° del CP.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 257 contesta la vista de ley y remite a los argumentos expuestos en el recurso de casación articulado por la Fiscal de Cámara.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos, que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal debe prosperar y, en consecuencia, debe anularse la sentencia impugnada y sus fundamentos. Según surge del libelo recursivo ambos vicios, in procedendo e in iudicando, se entrelazan y se determinan entre sí.

En efecto y como se explicará, la arbitrariedad, en el análisis de la prueba llevó al juez a quo a la aplicación del principio de la duda para fundamentar su absolución por un lado y por otro, la inaplicabilidad y análisis del plexo probatorio a la luz de la figura que, desde los inicios de la persecución penal, le fue imputada al acusado, art. 142, inc. 1° del CP.

Al efecto, sostiene la recurrente que la sentencia es arbitraria por cuanto fundó la absolución del acusado en un objeto procesal que no fue materia de acusación. Refiere ello porque el sentenciante interpretó el hecho acusado como un comportamiento típico de ataque sexual, del que no correspondía condenar en tanto la instancia no había sido promovida.

Efectivamente, de la rápida compulsa de la causa se advierte que el objeto procesal, estuvo siempre ceñido a la figura de la privación de la libertad agravada.

Así surge del avoque de fs. 35; del acta de imputación formal de fs. 51; del requerimiento de citación a juicio de la Fiscalía de Instrucción Nº 1 de la UFI de Capital de fs. 101/105, del auto de elevación a juicio de fs. 135/137 y por último de la acusación fiscal mantenida en los alegatos conclusivos del debate oral (ver fs. 202 y vta.). Aclarado ello y en consonancia, debo detenerme en el testimonio de la víctima.

Desde los albores de la investigación al radicar la denuncia (fs. 1/2), durante la investigación penal preparatoria en dos oportunidades más (fs. 12 y 70) y ya durante el debate, L.N.A. negó haber sido objeto de algún ataque a su integridad sexual, motivando ello, lógicamente, la calificación legal sostenida por el Ministerio Público Fiscal.

Dicho esto, entiendo que ha existido una valoración arbitraria de los dichos de la víctima, careciendo la sentencia de fundamentos claros y contundentes que le permita restar credibilidad a los dichos de la denunciante en orden al resto del plexo probatorio arrojado en autos.

Por el contrario, la conclusión del a quo que entendió «demostrado que los hechos atrapados como objeto procesal del legajo han tenido lugar en el marco de una noche de diversión, alcohol y otros excesos que tuvieron los protagonistas de esta historia», y, afirmó que el grado de alcoholemia de la denunciante en el momento del hecho era una «primer alerta que se debe tener muy en cuenta a la hora de valorar la fidelidad y credibilidad de sus dichos [...]» (ver fundamentos, fs. 217 vta.) es prístina en este sentido.

También el juez de la instancia previa detalló las contradicciones en las declaraciones brindadas por la denunciante respecto del momento en el que habría iniciado el contacto con el acusado. Ello, toda vez que, si bien dijo en su denuncia que éste se había acercado a hablar con ella dentro de un local bailable «after», luego en el debate sostuvo que ello sucedió fuera del mismo, cuando caminaba descompuesta hacia su vehículo.

Del mismo modo consideró que la denunciante mintió cuando dijo que, al momento de ingresar forzada al vehículo del acusado, vio al cuidador de autos que declaró como testigo, cuando éste se encontraba geográficamente en otro lugar. Finalmente, entendió más creíble la versión del acusado, respecto de la ubicación del local «after» y de su vehículo, que la brindada por la denunciante (ver fs. 220/221 y 223 vta./224).

Cierto es que la víctima presentaba un grado de alcoholización grave, del que da cuenta el informe de dosaje de alcohol del Cuerpo Médico Forense que se agrega a fs. 108, lo que encuentra corroboración en el acta de procedimiento de fs. 3 y la testimonial de Escudero, una de las policías actuantes.

Sin embargo, debe señalarse que L.N.A. mantuvo, a lo largo de sus declaraciones, tanto en la denuncia como en el debate, un relato medularmente sin fisuras. Ello, claro está, respecto del hecho encuadrado en la figura típica investigada.

Si bien el sentenciante tomó en cuenta el informe psíquico de la víctima de fs. 84/85 en favor del desarrollo de la hipótesis que plantea concluye que el de L.N.A. se trata de un «un discurso poco fiable, interesado y deliberadamente ocultador de la realidad de los hechos».

En este sentido consideró que aquel informe señalaba que L.N.A. tenía antecedentes antecedentes de consumo de cannabis, cocaína y alcohol en exceso, así como una leve pérdida del tacto social que conservaba al momento del examen producto de la ingesta, con displicencia gestual y dialéctica.

Asimismo, que L.N.A. entendía el discurso adecuadamente, con capacidad para premeditar, ocultar y mentir acomodando el discurso según sus necesidades, con rasgos histeroides e histriónicos y, emocionalmente inestable.

El juez entonces consideró que todo ello no podía ser soslayado en mérito a las contradicciones y falsedades ya señaladas.

Ahora bien, omitió señalar el juez a quo que este mismo informe refería que al momento de la pericia se encontraba lúcida, orientada en tiempo y espacio, sin alteraciones sensorio-perceptivas, con memoria conservada en sus instancias psíquicas de fijación, conservación y evocación, inteligencia normal promedio, juicio crítico conservado, que sostenía idea directriz, pero además, dentro de sus conclusiones

el profesional interviniente, también indicó, y ello aporta a la credibilidad de su testimonio, que «el relato resulta creíble, en este caso no se observa fabulación o mitomanía» (ver fs. 85).

Este primer aspecto, acerca de la valoración del testimonio de la víctima, no hacen sino traslucir claramente el error del sentenciante, pues lejos de corroborar con éste y conforme a la prueba rendida, los elementos típicos del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, los analizó bajo el prisma de otro objeto procesal, ajeno al proceso que se ventilaba, la comisión de un delito contra la integridad sexual.

Por ello entiendo nada aportan las mentadas contradicciones de la víctima en las que se detiene, las falacias en las que refiere habría incurrido el testigo N., cuyo testimonio se incorporó con omisión de lectura ante la imposibilidad de lograr su comparecencia o las menciones, luego corroboradas en el debate, sobre el supuesto ataque a la integridad sexual que relatara la oficial actuante.

Es por ello que entiendo que devienen inconducentes para fundamentar, ahora sí, el grado de duda existente que esgrime para absolver al acusado, porque dado el error inicial, nada se dice acerca de la verosimilitud de la hipótesis acusatoria y de su correspondencia, o no, con el relato de la denunciante.

Del mismo modo, tampoco se dan razones suficientes acerca de la credibilidad del testimonio del acusado –la existencia de un supuesto robo con una punta que no le fue encontrada nunca a la víctima tal como señalan los propios policías actuantes– en correlación con la incidencia en la solución arribada.

Entiendo que el análisis debió centrarse en el encuadre fáctico en contradicción, tal que el acusado en forma violenta impidió a la denunciante bajarse de su rodado y, en ese sentido, omitió valorar o en su caso, lo hizo equivocadamente, los testimonios y la prueba instrumental debidamente acompañada.

Así, nada se dice respecto de las lesiones que la víctima presentaba y de las que da cuenta el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 18; del mismo modo la razón por la que el personal policial intervino.

Destáquese que éstos a más de explicar que siempre estaban en el lugar por los locales bailables que se ubican en la zona y los disturbios que se suscitan por ello, señalaron que vieron a una mujer dentro de un vehículo que hacía señas pidiendo auxilio, en un vehículo que se hallaba detenido en la senda peatonal de calles S. M. y M. de Ciudad.

Así, surge del acta de procedimiento de fs. 3 y del testimonio de E. cuando señala que se acercaron al rodado a fin de controlar el episodio (ver fundamentos a fs. 210/212). En sentido coincidente, testimonió N. –el cuidacoches que desarrollaba sus labores en ese lugar, frente a un local de comidas «M. P.», justo frente al lugar de los hechos, que ya estaba consignado en el acta de procedimiento y luego declaró a fs. 6, declaración que fue incorporada con acuerdo de partes ante su incomparecencia al debate.

Por último, entiendo que acierta la representante del Ministerio Público Fiscal, como ya adelantara, en el encuadre jurídico y abordaje del hecho típico.

No sólo porque el hecho controvertido nunca fue encuadrado como un delito de índole sexual, y solo fue extraído por el tribunal del testimonio de N. y de E. pero negado por la propia víctima y no instado, sino porque nada impedía juzgar el delito de privación ilegítima de la libertad para el que los titulares de la acusación entendían existían elementos de convicción suficientes para elevar la causa a juicio y mantener la acusación en los alegatos.

Esta posibilidad nunca estuvo en contradicción y por ello el análisis del plexo probatorio, bajo este éjido, deviene incorrecto.

Debió el juez a quo limitarse a corroborar si la labor contradictoria de las partes y su resultado en el análisis posterior de la prueba rendida permitían arribar a la existencia, o no, del grado de certeza suficiente para avalar una hipótesis de condena.

Pero siempre en el marco de un delito de acción pública, privación ilegítima de la libertad agravada por el que se había sido requerido al acusado y, que el Ministerio Público investigó.

En suma entiendo que el error del tribunal reside en que fundó el grado de duda sobre la verosimilitud del hecho delictivo por el que absolvió al acusado, en un objeto procesal ajeno y que no fue controvertido, omitiendo el análisis de esta figura a la luz de la prueba rendida.

Dicho esto valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, -la nulidad- deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

En este sentido, luce pertinente traer aquí a colación lo que se ha referido por esta Sala en el sentido que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta» (L.S. 388- 219).

Asimismo se ha señalado que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).

Así y conforme el desarrollo que he realizado, entiendo que los argumentos del tribunal de la instancia anterior no han resultado adecuados y devienen arbitrarios para explicar, suficientemente, las razones que lo llevaron a absolver al acusado de acuerdo a la aplicación del principio de la duda.

Por ello, dicho acto sentencial carece de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido y, por ello, adolece de falencias que ameritan su anulación. Igualmente, la posición tomada –nulidad de la resolución por arbitrariedad– es de tal gravedad que me permite sortear el tratamiento de los restantes agravios articulados por la representante del Ministerio Público Fiscal.

Pero no quiero dejar de señalar, pues acuerdo con ella, la atinada crítica formulada respecto del mensaje perjudicial que puede emanar de la sentencia para con aquellas víctimas de delitos sexuales que, frente al ejercicio de la prerrogativa de la no instancia de la acción penal, puedan no obtener justicia por las demás conductas delictivas conexas o utilizadas como medio comisivo de éstas.

Ya he sostenido que la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres exige, al momento de dictar el acto sentencial, asumir sus criterios de interpretación, en tanto exhorta a los operadores judiciales para que, al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31) (ver «**Calderón Polo**»).

Del mismo modo me he referido en los precedentes “**Merlo Lassa**” y “**Ojeda Pérez**” y en particular, en esta última ocasión sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes variantes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Destaqué también que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art. 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función

de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (arts. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada por ellos y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Traigo a colación estas consideraciones pues las entiendo ajustadas al caso que nos ocupa.

La errónea valoración de la prueba que he estimado aquí acontece y el contexto en que se han desarrollado los hechos sumado a la mera sospecha de inobservancia de todos estos parámetros de interpretación judicial al ponderar el plexo probatorio, me habilitan a recordar la vigencia de la normativa legal y convencional que nos rige.

Por lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narvárez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que debe acogerse el recurso de casación presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anularse la sentencia criticada. No obstante, considero que surgen de la causa ciertos elementos que deben ser puestos bajo la lupa del enfoque de género, y formular algunas aclaraciones a los fines de evidenciarlos y evitar su reiteración.

Conforme vengo señalando en mis pronunciamientos anteriores, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional de eliminar todo comportamiento discriminatorio hacia la mujer basados en estereotipos y el impacto ineludible que ello debe tener en el ámbito de la administración de justicia, entiendo imperante detenerme en el análisis de expresiones puntuales que evidencian la manera en que los razonamientos de las personas que operan en el Derecho son atravesados por patrones culturales patriarcales que reproducen estereotipos de género y mitos en torno a los perfiles de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito internacional –de jerarquía constitucional en nuestro país–, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un deber genérico de prohibición de discriminación en materia de acceso y goce de derechos por razones de sexo –art. 2– y, asimismo, en su art. 24 indica que todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Por su parte, el art. 6 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención Belem Do Para» –Ley 24.632–, garantiza el derecho de las mujeres a estar libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas “libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

El art. 7 de la misma Convención también exige la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos. Los arts. 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) –art. 75 inc. 22 C.N.– condenan la discriminación contra la mujer. Específicamente el art. 5 impone a los Estados «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres». Por su parte, el Decreto Reglamentario N° 1011/2010 –reglamentario de la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones

interpersonales– establece en su art. 2° inc. e) que «se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres».

En función de las aludidas mandas legales, resulta imperante un control judicial constante con enfoque de género, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este orden de ideas, in re «Ontiveros Arancibia» sostuve que «[...]que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales» (ver «**Ontiveros Arancibia**»).

En ese marco de entendimiento, me permito realizar algunas observaciones respecto de ciertos razonamientos específicos que el sentenciante formula, más allá de su grado de incidencia en el razonamiento que funda la decisión final adoptada.

Lo hago, toda vez que los mismos resultaran reproductores de prejuicios de corte patriarcal y evidencian el sostenimiento de premisas fuertemente influenciadas por patrones socio culturales discriminatorios para la mujer que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así, el juez de la instancia previa entendió que la circunstancia de que los hechos hayan tenido lugar «[...]en el marco de una noche de diversión, alcohol y otros excesos» es una «[...]primer alerta que se debe tener muy en cuenta a la hora de valorar la fidelidad y credibilidad de sus dichos, precaución que se potencia cuando se advierte que en el examen psíquico que se le practico en la misma oportunidad, nos advierten que la denunciante es una persona con antecedentes de consumo de cannabis y cocaína y bebedora excesiva de alcohol» (fundamentos, fs. 217 vta.).

Tal como lo destaca el ministro preopinante, estos aspectos de la personalidad de L.N.A., y aun el estado de alcoholización que presentaba la víctima al momento de los hechos, no pueden desvirtuar el testimonio brindado por ésta a lo largo de todo el proceso, en donde se mantuvo constante en relación a las circunstancias que conformaron el objeto procesal, el que también encontró sustento probatorio en la prueba periférica incorporada al debate.

Pues bien, afirmaciones como la transcripta ponen en evidencia cuan profundo calan en la administración de justicia los prejuicios estereotipados en torno a las mujeres en situación de vulnerabilidad; y, más grave aún, desconocen los riesgos y las violencias estructurales a la que las mujeres se encuentran expuestas.

Pero fundamentalmente, el peligro de la adopción de tales posturas es que pueden derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (**Informe CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero 2007**).

Situación que, conforme ya sostuve, resultan contrarias al mandato del Derecho Internacional y son lesivas de las pautas de igualdad y no discriminación en el acceso a la Justicia. Con razón sostiene Julieta Di Corleto que «Las decisiones de los órganos jurisdiccionales son un buen reflejo de los valores de la sociedad a la que pertenecen.

La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no solo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social» (Di Corleto, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).

Como corolario de lo expuesto, entiendo que este contexto no puede ser desconocido por quien tiene a su cargo la importante tarea de ejercer la jurisdicción.

Es por ello que, tal como adelantara, esta observación tiene por objeto poner de manifiesto de qué manera las instituciones judiciales reproducen con frecuencia estos patrones socioculturales en sus actuaciones, y el correlativo deber como autoridad suprema de la estructura judicial provincial de erradicar toda posible influencia de este tipo de prejuicios cuando se deba juzgar a personas que pertenezcan a los distintos colectivos vulnerables de personas. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular la sentencia N° 7.820 y sus fundamentos dictados por la Sala III de la ex Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, y remitir las actuaciones a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y anular la sentencia N° 7.820 y sus fundamentos obrantes a fs. 203 y 204/225 de autos.
- 2.- Remitir las actuaciones a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 1 a efectos de que determine el tribunal que deberá intervenir en el nuevo debate a fin de emitir un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **12- JOSE. C.A. 23-08-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210823_FcJCA.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP

Vox: VG. Amenazas coactivas. Violencia de Género. Valoración de la Prueba. Ejecución Condicional.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años** de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.272 y sus fundamentos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1272, pronunciada por el TPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio.17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04870027-0/1((038601-64344)) FC/ J. C. A. POR AMENAZAS COACTIVAS (64344) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104953690*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04145465-7/1, caratulada "F. C/ J. B., C. A. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO; tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de C. A. J. B. interpone recurso de casación (fs. 187/194 vta.) contra la sentencia N° 1.272 (fs. 161/162) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de 2 años de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párr. Cód. Pen.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio, conforme el cual «el día 02 de julio de 2016, siendo aproximadamente las 22:30 horas, la víctima M. V. V. J. se encontraba en su domicilio sito en calle..., Junín, cuando se hizo presente en el lugar su ex pareja C. A. J. B., quien le manifestó: 'vení, salí si tenés huevos, hasta que no te vea bajo tierra no te voy a dejar, te voy a matar' y 'si no firmás el convenio de parentalidad, las cosas se van a poner peor'» (véase fs. 78 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el magistrado de la instancia anterior valoró la declaración de la víctima, el descargo del acusado, los informes psicológicos practicados, las declaraciones testimoniales rendidas y el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de C. J. considera que la resolución referida padece vicios in procedendo conforme lo establecido por el inc. 2 del art. 474 del CPP.

En primer lugar, el recurrente sostiene que la sentencia sería nula al basarse en un elemento no incorporado legalmente al debate: el informe psicológico de fs. 134/135 vta. Ello en tanto, dicha prueba se habría incorporado a la causa de oficio sin ser ofrecida por las partes.

En segundo lugar, la defensa realiza una crítica global de la valoración de la prueba llevada a cabo por el a quo con base en la idea de que la prueba de cargo y de descargo ha sido evaluada desde una perspectiva

de género cuando, en verdad, no nos encontraríamos ante un contexto de violencia de género y, en consecuencia «no se debe valorar el testimonio de M. V. ‘con perspectiva de género».

En el marco de la crítica anterior, el recurrente advierte una serie de contradicciones en el testimonio de la víctima, las cuales le quitarían valor como prueba de cargo.

A su vez, subraya que todas las denuncias realizadas por la víctima desde su separación concluyeron en archivo –a excepción de dos denuncias efectuadas en el año 2018 por incumplimiento de cuota alimentaria–.

Finalmente, respecto de la falta de credibilidad del testimonio de la víctima, el recurrente observa que el a quo no tuvo en cuenta los testimonios de R., R., F. y A., los cuales darían cuenta de la inexistencia de las amenazas.

En último lugar, el recurrente sostiene que no se ha valorado adecuadamente el testimonio de la Lic. Cenci, la cual al ser consultada sobre su mirada profesional respecto de si la mujer se encontraba sometida al acusado, contestó negativamente.

Agrega que la testigo relató que existía una situación de violencia verbal inversa, de parte de M. V. a C. J.. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación incoado.

Después de examinados los agravios, el Procurador General pone de relieve que, en los hechos de violencia contra la mujer, constituyentes de violencia de género, adquiere especial relevancia el testimonio de la víctima, así como los informes psicológicos y psiquiátricos de los involucrados.

Esto no ha escapado a la valoración del a quo, quien ha privilegiado el testimonio directo de la víctima, basándose, a su vez, en otras pruebas objetivas e indicios.

Respecto del informe psicológico de fs. 134/135 vta. sostiene que no se advierte que la defensa se haya opuesto a su incorporación durante el debate, lo que habilitaría al tribunal de juicio a considerarlo.

En relación con la declaración de la Lic. Cenci, la que según la defensa no habría sido considerada como elemento de descargo, el titular del Ministerio Público Fiscal sostiene que esta describe un contexto de conflicto entre la denunciante y el denunciado, pero desde una visión periférica, porque no es la profesional tratante de ninguno de los protagonistas, por lo que su valor no sería definitivo respecto del objeto del proceso.

Finalmente, sostiene que los testimonios que el recurrente dice que habrían sido mal valorados por el a quo no serían dirimientes, ello con base en su contrastación con la prueba de cargo, la cual es suficientemente convincente respecto de la materialidad de los hechos y la autoría del acusado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, en línea con lo dictaminado por el Procurador General, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

Previo a todo, debo consignar que el informe psicológico de fs. 134/135 vta. si bien concluye, entre otras cosas, que «la Sra. V. presenta indicadores emocionales, cognitivos y conductuales compatibles con estar inmersa en una relación vincular con emergentes de disfuncionalidad», ello no invalida la sentencia en tanto acto jurisdiccional.

Esto en tanto no se advierte que la defensa se hubiera opuesto en su oportunidad, ni durante el debate a su consideración. Lo señalado me lleva a concluir, en línea con el dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal, que el tribunal de juicio no se encontraba impedido de considerarlo.

En segundo lugar, advierto que el recurrente despliega una argumentación que refuta con especial énfasis el valor otorgado por el magistrado sentenciante a la declaración de la víctima.

A partir de allí, realiza una crítica puntual de cada uno de los elementos de cargo que gravan la situación de su defendido, en lo que es una reiteración de sus puntos de vista expresados en la instancia de los alegatos.

Ahora bien, que la declaración de la víctima no alcanza para fundamentar una sentencia condenatoria es una afirmación que, si no se concreta en una crítica que pondere las cualidades del testimonio con base en las particularidades de los procesos ejecutivos en los que se atacan bienes jurídicos personalísimos como lo es la libertad, no puede ser validada. Según entiendo, este es el primer defecto que padece el planteo defensivo.

En efecto, la defensa olvida que los dichos de la mujer que denuncia ser víctima en casos como el presente, en los que se ha menoscabado su libertad psíquica, adquiere un especial protagonismo.

Ello en tanto, porque tales agresiones en muchas ocasiones se producen en contextos de intimidad, razón que se complejiza la actividad probatoria; y, por otro lado, se trata de hechos que tienen como víctima a la mujer en una relación de desigualdad con el autor varón. Todo ello supone, a su vez, analizar cada una de las pruebas con perspectiva de género.

Así lo he sostenido en diversos precedentes, donde precisé los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género. Entre ellos, y en lo que resulta aplicable al presente caso, me remito al desarrollo realizado en «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**» y «**Vázquez Tumbarello**», entre otros.

En el caso sometido a decisión, tener en cuenta las consideraciones anteriores implica considerar la relación de asimetría que existe entre autor y víctima, la cual se encuentra verificada en el caso de autos, principalmente, con base en: el informe psicológico de fs. 65 –según el cual se establece que «[l]a Sra. V. manifiesta miedo a la figura de su ex pareja» y que “estos síntomas serían compatibles con situaciones de probable violencia de género»–; el informe técnico-psicológico de fs. 134/135 vta. (supra); el relato de M. J. y, el propio descargo del acusado.

Respecto de este último el juez interviniente pone de relieve en el minuto 36:00 de la audiencia del día 12 de junio de 2019 que de la declaración de C. J. se derivan indicios de presencia y del móvil, una discusión y el relato de los testigos ofrecidos por la acusación.

Por su parte, el argumento defensivo relativo a demostrar que no nos encontramos frente a un caso de violencia de género construido con base en el testimonio de la Lic. Cenci no alcanza lo que se propone.

Ello en tanto, si bien es cierto que la declarante al ser consultada sobre si advertía que M. J. estaba sometida a C. J., esta contestó negativamente y, además, expresó que existía entre ambos una relación de violencia verbal de parte de la mujer hacia el varón, no es menos cierto que la Lic. Cenci describió un contexto de conflicto entre la denunciante y el denunciado desde un punto de vista externo y periférico.

Esto último debido a que la profesional no era tratante de ninguno de los involucrados, sino de su hijo.

De este modo, debe descartarse de plano la toma de postura defensiva relativa a que no estaríamos frente a un supuesto de violencia de género.

De lo anterior se deriva, a su vez, que las oscilaciones y matices que pueda tener la declarante en tanto persona inmersa en un contexto de violencia pueden repercutir en el desarrollo de su relato.

Estas consideraciones han sido oportunamente tenidas en cuenta por el tribunal de juicio a la sentencia (véase min. 39:00 y min. 46:00 de la audiencia de fundamentos).

Sumado a ello, cabe decir que el recurrente no ha puntualizado cuáles serían aquellas contradicciones que le quitarían credibilidad al testimonio de la víctima, por lo que su objeción, al no ser concretada, debe ser desestimada.

Por otra parte, el hecho de que la víctima desde su separación haya interpuesto otras denuncias que, finalmente, fueran archivadas –exceptuando las denuncias por incumplimiento de deberes alimentarios del año 2018– en nada obsta a que el hecho en estos autos investigado pueda o no ser verdad.

Así, la circunstancia anterior no basta para poner en duda los dichos de M. J., cuando estos han sido validados por el resto de la prueba de cargo (ver registros audiovisuales de la audiencia de fundamentos, minuto 43:00).

Finalmente, la defensa busca restarle credibilidad al testimonio de la víctima con base en el testimonio de S. R. –la cual acreditaría que era M. J. quien, en verdad agredió a C. J.– y la declaración de M. R., quien expresó que el acusado únicamente habría insultado a la denunciante.

Bien, sobre este extremo del planteo defensivo, entiendo en línea con lo dictaminado por el Procurador General, que ambos testimonios no alcanzan para desvirtuar el cuadro probatorio que sustenta el silogismo incriminatorio del tribunal de la instancia anterior.

Por lo que deben ser descartados como agravios nulificantes.

Ello en tanto, en casos como el presente tiene un lugar central el testimonio de la víctima, el cual, como hemos puesto de relieve supra, ha sido validado como consistente y verosímil por los profesionales que han practicado los correspondientes informes psicológico-psiquiátricos tanto de la víctima, como del imputado.

A la inversa, la versión brindada por este último no encuentra asidero en elementos probatorios que la validen como explicación alternativa a la brindada por la víctima.

A lo que debe sumarse que se encuentra acreditado que la presencia de C. J. en el lugar de los hechos y el móvil que guió su comportamiento. Igual temperamento debe, finalmente, asumirse respecto de los testimonios de M. F. y C. A., quienes, en sus manifestaciones, si bien reconocieron que existía un conflicto entre M. J. y C. J., al mismo tiempo refirieron que no tenían relación con el hecho objeto del proceso.

Por esta razón, este último tramo de la crítica defensiva debe ser igualmente descartado. Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. J.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros), a los que me remito. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto en las presentes actuaciones, coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador», entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. J. V. VALERIO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 187/194 vta. por la defensa oficial de C. A. J. B..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **13- LUCERO MARAVILLA. 02-09-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210902_FcLMC.pdf

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 26, 27 bis del CP. Ley 26485. CEDAW. Ley 27499. Art. 26 de la Ley 26485. Art. 7, inc. d) de la Convención Belem Do Para. Art. 108 del CPP. Código Procesal de Familia y Violencia Familiar.

Vox: VG. Amenazas simples. Ejecución condicional. Reglas de conducta. Prohibición de acercamiento. Medidas de protección. Medida autónoma. Medidas preventivas urgentes. Reformatio in peius.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación en tanto entendió que se ha vulnerado el debido proceso y se han impuesto reglas de conducta en la condena vinculadas a un contexto de violencia de género, que nunca le fue atribuido al imputado en la acusación, no fue discutido en el debate ni invocado por el Fiscal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3588, pronunciada por el JPC N°1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Chacón Azeglio. 15-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180815_FcCAL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

- Jessica Lenahan Gonzales y ots vs. EEUU 21-07-11:

<https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20fallos%20internacionales/Sistema%20Interamericano%20DDHH/5.%20Comisi%C3%B3n%20IDH%2C%202011%2C%20Jesica%20Lenahan%20vs.%20EEUU.pdf>

Doctrina Destacada

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.

CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Serv.L/V/II.Doc68, 20/01/07, párr.56).

Parágrafos destacados

(...) En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las victimas [...]» (Recomendación general nº 35) (...)

(...) En tal sentido, debe destacarse como puntapié inicial para avanzar en este camino la decisión de esta Suprema Corte de Justicia de formar parte del sistema integrado de casos de violencia por motivos de género (SICVG), creado por la Resolución 48/21 del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, conforme lo dispone la Acordada N° 30.137 (6/07/21) (...)

(...) cursando el siglo XXI y con el avance tecnológico existente, es menester la incorporación e implementación de sistemas digitales interoperativos e interoperables entre todos los órganos estatales, que permitan el almacenamiento y consulta de información en materia de violencia de género garantizando el uso y disponibilidad de los datos, siempre bajo los lineamientos de seguridad y protección de datos personales (Ley 25.326) y la no victimización o exposición de mujeres [...]. Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha dicho recientemente «[...] tenemos que recopilar y desagregar datos, romper el silencio estadístico, con la participación de todos los actores de la sociedad» (Alicia Bárcena: Llamamos a un compromiso reforzado para erradicar la “pandemia en la sombra” de la violencia contra las mujeres y las niñas en la región en versión electrónica: <https://www.cepal.org/es/comunicados/alicia-barcena-llamamos-compromisoreforzado-erradicar-la-pandemia-la-sombra-la> , consultado 1/03/21), pero especialmente, en cabeza y responsabilidad del estado, en nuestro caso, del estado provincial (...).

“...En este punto corresponde aclarar, que esta Sala recientemente ha reiterado en “**Chacón Azeglio**”, que las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del código de fondo, no son sanciones ni penas. De lo contrario, no podrían aplicarse en la suspensión del juicio a prueba. “

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (Disidencia parcial). Adaro (Disidencia parcial).

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-04959908-5/1((038501-705925)) RECURSO DE CASACION EN P-705925/19 FC/ L. M.C. E. P/ AMENAZAS SIMPLES (705925) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105129667*

En Mendoza, a los dos días de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04959908-5/1 caratulada “F. C/ L M, C E. P/ AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial del imputado C E. L M interpone recurso de casación (fs. 2/13 vta.) contra la sentencia N° 3588 (fs. 19 y vta.), en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal) pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 10 de abril de 2019, a las 0.30 horas aproximadamente la víctima se encontraba en la cocina de su domicilio de calle, oportunidad en la que su esposo, el imputado, le dijo «¿qué te sentís?, te voy a hacer mierda, vos vas a llorarsangre». Inmediatamente la víctima se fue a su habitación y cerró con llave la puerta, mientras el imputado golpeaba y trataba de forzar la puerta, a la vez que le decía «a las mujeres las matan por dos pesos, qué te creés vos, te voy a hacer desaparecer».

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque se ha vulnerado el debido proceso y se han impuesto reglas de conducta en la condena vinculadas a un contexto de violencia de género, que nunca le fue atribuido al imputado en la acusación, no fue discutido en el debate ni invocado por el Fiscal.

Resalta que el fiscal expresamente refirió que no hubo violencia de género, no obstante lo cual la jueza incorporó un informe psicológico de la Dirección de la Mujer, imponiendo realizar tratamiento psicológico y talleres específicos para agresores de violencia de género, adicionando una medida autónoma, que es la prohibición de acercamiento a la denunciante, por lo que se violó también el **principio de congruencia**, atribuyéndole una distinta normativa aplicable al hecho; que el imputado no se pudo defender de la violencia de género; que impuso una calificación más gravosa que la pedida por el fiscal, lo que no es posible dentro del sistema acusatorio y menos en un juicio correccional.

Indica que el fiscal solicitó en los alegatos como regla de conducta que se mantenga la prohibición de acercamiento hasta que un juez de familia resuelva definitivamente si corresponde que la víctima se

quede en la casa conyugal, una vez terminado el divorcio, por lo que no hay identidad entre la acusación y la sentencia. Aduce que el hecho que la víctima sea mujer no habilitaba para tratar el caso como violencia de género.

Agrega que las reglas vinculadas a la violencia de género, carecen de una real posibilidad de cumplimiento por el imputado, dada su edad, quejándose asimismo por la medida autónoma de no acercamiento, cuya revocación se deja librada a un magistrado del fuero de familia, excluyendo así al juez de ejecución.

Sobre el tratamiento psicológico, se agravia porque la a quo determinó que sea hecho con especialistas en violencia de género, lo que implica un cambio de profesionales de la salud y de enfoque en el tratamiento, dado que se encuentra sometido a uno enfocado en superar la pérdida de su vivienda, trabajo y su entorno social, lo que implica violación de la ley 27.360, en particular el art. 11.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General opina que el recurso debe ser rechazado, porque las críticas son infundadas, dado que se calificó el hecho en el delito de amenazas solicitado por el fiscal.

Sobre las **reglas de conducta** dictamina que guardan relación con el delito y se intenta evitar que se produzcan nuevos hechos, cumpliendo así con el fin preventivo especial.

Que la medida autónoma fue pedida por el fiscal, no advirtiendo que el imputado haya sido sorprendido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso debe ser acogido, exclusivamente en la parte que se señalará en los párrafos que siguen, confirmándose el resto de la sentencia, por no adolecer de los vicios que se le endilgan ni de arbitrariedad alguna.

Ello por cuanto el presente configura un delito cometido en un contexto de violencia de género, según han puesto de resalto tanto la juzgadora, como el fiscal y la defensa a lo largo de todo el procedimiento.

En efecto, evidencian ese contexto, por un lado la denuncia que da inicio a estos obrados y, por el otro, la enunciación del hecho inserta en la solicitud de audiencia de acusación, esto es, que el encartado le manifestó a su esposa «¿qué te sentís?, te voy hacer mierda, vos vas a llorar sangre», lo que provocó que ella se fuera a su habitación y cerrara con llave la puerta, mientras él trataba de forzarla, a la vez que le decía «a las mujeres las matan por dos pesos, qué te creé vos, te voy a hacer desaparecer» (legajo, fs. 1 vta).

De igual modo, la circunstancia que durante la audiencia de acusación el imputado al ser requerido por sus datos personales, expresó que debió cambiar su domicilio por una prohibición de acercamiento dictada a raíz de una denuncia de violencia de género (registro audiovisual del 15 de agosto de 2019, minuto 1:44), dan cuenta de que el marco de violencia entre los cónyuges, en el que se produjo el hecho en juzgamiento, no constituía sorpresa, como alega la recurrente.

Asimismo, la realización de la inspección judicial ofrecida por la defensa durante el debate, demuestra la exactitud de los dichos de la víctima, en el sentido que desde el agujero de la cerradura de su habitación, podía ver cuándo el encartado salía de la casa, para recién entonces abrir la puerta de aquélla e ir a la cocina.

Elemento probatorio del que deriva la juzgadora, en conjunto con el resto de las probanzas producidas, el miedo que ella le tenía desde antes aún del hecho objeto de este expediente.

A esto se suma la declaración de la denunciante en el debate, exponiendo que en otras ocasiones había sufrido violencia física por parte del encartado, a quien denunció por lesiones calificadas en 1995.

Este relato le pareció creíble a la sentenciante, sin fisuras, preciso (registro de audio y video de los fundamentos, minuto 11:47 y siguientes), corroborado por la pericia y la inspección ocular, habiendo la defensa expresado durante los alegatos, según surge del registro audiovisual de esa etapa procesal, que «[...] podemos decir que la señora no mintió, que dijo la verdad» (12:33 y siguientes), cuestionando solamente cómo percibió ella los dichos del encausado en el marco de la discusión que mantuvieron la noche de los hechos, a tenor del estudio psicológico ofrecido por las dos partes como prueba.

Esta pericia determina que la víctima es sumisa, que sufrió violencia psicológica, que tiende a evitar los problemas, que muestra desvalorización, baja autoestima, mientras que el estudio efectuado al encartado detecta que tiende a minimizar y negar conflictos, con escaso control de impulsos, y que humilla y desvaloriza al otro, aspectos a los que la inferior alude en los fundamentos.

De esta forma, resulta inexplicable que la defensora oficial recurrente centre la impugnación en que su asistido no se pudo defender del contexto de de violencia de género, que fue vastamente acreditado.

Es más, se queja de que dicho contexto «[...] nunca le fue atribuido al señor C L en la acusación, tampoco fue discutido en la etapa del debate y no invocado por el señor fiscal, ni durante la información sumaria ni en sus alegatos» (recurso, fs. 4 vta.), extremo del que extrae la violación al debido proceso, defensa en juicio, sistema acusatorio, contradictorio, imparcialidad del juzgador (recurso, fs. 4), congruencia, por citar sólo algunos principios que estima vulnerados y desarrolla en las fojas siguientes de su recurso.

A ello debe agregarse que la defensa manifiesta, incluso, que la jueza impuso una calificación más gravosa que la solicitada por el fiscal, así como que las reglas de conducta ordenadas a tenor de lo dispuesto por el art 27 bis del Cód. Penal, no fueron solicitadas «[...] en ningún momento por el representante del Ministerio Fiscal» (recurso, fs. 6 vta).

De esto emerge no sólo que la censura configura una discrepancia de la defensora oficial con el criterio valorativo que utilizó la a quo, lo que impide que prospere según se ha dicho con anterioridad (**L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros**), sino que prescinde de las constancias de la causa.

Así, el fiscal dijo expresamente que los hechos se desarrollaron en un entorno de violencia de género, solicitando que se mantuviera la **prohibición de acercamiento** «[...] al menos hasta que un juez de familia resuelva definitivamente si corresponde que la señora se quede en la vivienda o no, teniendo en cuenta el divorcio que hubo» (registro audiovisual, alegatos del Ministerio Público Fiscal), petición que fue acogida por la a quo en el resolutivo IV de la sentencia criticada, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 Cód. Penal, para cuya operatividad sería notificada la Comisaría del lugar de residencia de la víctima, el Ministerio de Seguridad y la Secretaría Tutelar del Juzgado de Familia.

La jueza justifica esto en función del **principio de especialidad**, dado que denunciante y denunciado se encontraban tramitando su divorcio luego de 52 años de matrimonio, y aún no se había resuelto lo relativo a la división de bienes.

De tal modo, refiere la a quo que el derecho penal es la única posibilidad de proteger a la víctima en este caso, en el que la finalidad de la condena es básicamente que el encartado no se acerque más a la denunciante y que resuelvan todo lo atinente al divorcio en el fuero pertinente, sin que de ello emerja restricción innecesaria de la libertad de L M, ni que el articulado del Código Penal ni la Ley 27.360 hayan sido erróneamente aplicados.

En este punto corresponde aclarar, que esta Sala recientemente ha reiterado en “**Chacón Azeglio**”, que las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del código de fondo, no son sanciones ni penas. De lo contrario, no podrían aplicarse en la suspensión del juicio a prueba.

De esta forma, cuando un Tribunal deja en suspenso la aplicación de la pena de prisión, está obligado a imponer reglas de conducta que deben ser cumplidas imperativamente por el condenado, bajo apercibimiento de revocación de la condicionalidad.

Estas reglas, si bien conllevan una cierta **limitación al ejercicio de derechos por parte del imputado**, no significan un agravamiento de la pena, **teniendo la función de coadyuvar** en el caso concreto, a la función preventiva especial que se persigue.

Es más, se afirmó en el precedente mencionado, que aún frente al supuesto de no solicitud de esas medidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, al cumplir **el juzgador con un mandato legal de carácter indisponible**, en su actuación no hay exceso alguno, siempre que fundadamente lo establezca y se mantenga dentro de los márgenes que fija la ley.

Ahora bien, la Ley 26.485 es una ley general que debe aplicar todo magistrado, en los supuestos en que se trate de **medidas preventivas urgentes**, tal como menciona su artículo 26.

Sin embargo, en el sub lite estimo que es la norma especial, esto es, la penal –**art. 27 bis del Cód. Penal**–, la que debe ser aplicada, por cuanto es la jurídicamente adecuada y mucho más idónea que la general.

Medida autónoma.

Por ello, la juzgadora en virtud de los argumentos por los cuales dispuso la **medida autónoma**, se encontraba constreñida a aplicar el art. 27 bis CP, en lugar de la Ley 26.485, debiendo en consecuencia, transformar la medida autónoma instrumentada en el resolutive IV de la sentencia impugnada, en una **regla de conducta regida por el art. 27 bis CP**, con la consiguiente fijación de un plazo máximo de duración, sin que ello importe modificación ni agravamiento alguno que pueda entenderse como reformatio in peius.

Resta decir que el informe de la Dirección de la Mujer puede ser suprimido mentalmente, sin que provoque modificación de la decisión adoptada ni de sus fundamentos, habiéndose sido valoradas las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y según los lineamientos que este Cuerpo ha dado para supuestos como el presente, asumiendo una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido, debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“**Cruz Caporiccio**”, “**Merlo Lassa**”; “**Quiroga Morales**”; “**Ojeda Pérez**”; “**Vázquez Tumbarello**”; entre otros).

En especial en **“Ojeda Pérez”** sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”**, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Indiqué también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De este modo, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –que, como ya dije, se encuentra consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

A lo manifestado debe sumarse, tal como destacó en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la **ley 27.499**, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la **ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, reitero, son plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Por lo tanto, y oído el señor Procurador General, corresponde hacer lugar en forma parcial al recurso de casación interpuesto por la defensora oficial de L M, debiendo bajar los autos a origen al solo efecto de que sea la misma sentenciante, quien transforme la medida autónoma instrumentada en el resolutive IV de la sentencia objetada, en una regla de conducta, con la consiguiente fijación de un plazo máximo de duración, sin que ello importe modificación ni agravamiento alguno que pueda entenderse como reformatio in peius, de conformidad con lo dispuesto por el art. 27 bis CP. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa coincido en su mayoría con la solución a la que llega mi colega de Sala.

Sin embargo, respecto al agravio defensivo vinculado a la **prohibición de acercamiento** dispuesta en el resolutive cuarto de la sentencia de condena, estimo pertinente realizar algunas consideraciones sobre las **medidas de protección** previstas en la ley 26.485.

La defensa considera que la medida de prohibición de acercamiento ha sido dispuesta de forma indeterminada y con la sola remisión a un magistrado avezado en la materia, lo que conllevaría –a su criterio– que se excluyera del control del juez de ejecución de sentencia a la misma.

Distingue las medidas de forma cautelar de las de protección y hace alusión al procedimiento y requisitos que tienen establecido las últimas en el Código Procesal de Familia.

Asevera que la medida adoptada en el apartado cuarto ha sido ordenada como pena accesoria indeterminada en los términos del **art. 27 bis del CP** cuya necesidad preventiva especial no existía. Si bien comparto la distinción y caracterización que ha esbozado la defensa entre las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del CP y las medidas de protección, entiendo que se equivoca al considerar que lo dispuesto en el apartado cuarto de la sentencia constituye una regla de conducta prevista en el CP.

Medida autónoma

Así, como bien puede apreciarse en la sentencia se dispuso «[...] como **medida autónoma**, no así como regla de conducta, la orden de PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO Y DE CONTACTO por cualquier medio, hacia la señora N. E. B. O., DNI N°, domiciliada en calle, Mendoza; al lugar donde ella habite, como asimismo, a los lugares que éste habitualmente frecuenta; y de todo tipo de contacto con la misma, ya sea verbal, telefónico, por whatsapp y/o cualquier otra vía informática hasta que sea evaluada la conveniencia de su revocación por el Juzgado de Familia correspondiente; bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Artículo 239 del Código Penal (Art. 26 de la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres; y Artículo 7, inciso d) de la Convención “Belem Do Para”), (Art. 108 del C.P.P.)».

En primer término, surge claramente del resolutivo que la medida dispuesta es una medida autónoma de protección a la víctima en el marco de la situación de violencia de género acreditada en las presentes actuaciones y que se encuentra amparada en el art. 26 de la ley 26.485, art. 7 inc. d) de la Convención Belem do Para y el art. 108 del CPP.

Por ello entiendo que la defensa no acierta al pretender encuadrarla bajo el art. 27 bis del CP e interpretarla como una sanción accesoria indeterminada, cuando su fundamento y finalidad son de distinto orden.

En este sentido, la pena impuesta como consecuencia de la sentencia condenatoria en un procedimiento penal tiene su mirada puesta en el pasado y pretende refutar el hecho violatorio de normas penales. Así, la pena es la respuesta estatal ordenada contra un sujeto en virtud de su culpabilidad por el hecho imputado.

En este contexto la jueza de instancia anterior impuso una pena de seis meses de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional y con reglas de conducta a cumplir por L M. Distinto es el caso de las medidas de protección otorgadas en favor de una persona que puede encontrarse afectada por un contexto de violencia de género. Estas hacen hincapié en una situación de potencial peligro para una persona y dirige su mirada hacia el futuro en pos de su protección.

Medidas preventivas urgentes

En efecto, la ley 26.485, de protección integral de las mujeres, establece en su art. 26 las medidas **preventivas urgentes** que se pueden disponer al afirmar que «a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5° y 6° de la presente ley», entre las que se encuentra específicamente la prohibición del acercamiento.

También estimo relevante destacar que en su **art. 19** se establece que las «[...]jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley».

Estas medidas de protección previstas en la legislación nacional cumplen con lo convenido en el **art. 7 inc. d) de la Convención Belém do Pará** acerca de «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su seguridad o perjudique su propiedad».

Así, cuando se vislumbra que una mujer puede encontrarse bajo una situación de violencia de género de las previstas en los arts. 5 y 6 de la ley 26.485, la normativa nacional prevé que el/la juez/a que tome conocimiento podrá dictar medidas con el fin de resguardar y asegurar su protección integral.

En el caso de autos, el hecho por el que se dictó la condena acreditó el contexto de violencia de género al que se encontraba expuesta N. E. B.. O. que justificó la medida de protección.

El procedimiento de seguimiento, mantenimiento, modificación y revocación de una medida de protección posee una naturaleza totalmente diversa de la que requiere el seguimiento de las reglas de conducta impuestas al suspender condicionalmente la ejecución de una pena de conformidad con el ar. 27 bis del CP.

Por lo que, si bien pueden ser dictadas por cualquier magistrado que tome conocimiento de la situación de violencia en la que se encuentra la mujer, luego requiere que se prosiga de conformidad con lo que prevé el **Código Procesal de Familia y Violencia Familiar** al respecto.

Ahora bien, en razón de que el fuero especializado para llevar adelante el seguimiento de las medidas de protección resulta ser el de familia, se recomienda a la víctima la presentación de esta sentencia en dicho fuero con la ratificación de su solicitud de la medida de protección en su favor a los fines de respetar su autonomía personal.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde contestar de manera negativa a la cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Disidencia parcial.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO:

I.- Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de L M.

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias

estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En función de ello entendí –en términos aplicables al sub lite– que «[e]n el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones» (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres).

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que **la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados** tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para llegar a la solución condenatoria adoptó la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

II.- En otro orden, comparto la solución que propicia el Ministro que me precede en punto a la naturaleza de las medidas de protección impuestas por la jueza de sentencia y la necesidad de que el fuero de familia realice su seguimiento de conformidad con las previsiones del Código Procesal de Familia y violencia Familiar.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que «[E]n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (**V.R.P.,V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 8/03/2018.**).

La citada convención también establece el deber de «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de las mujeres en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad» (inc. d, art. 7), como así también, la obligación de «[...] establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección» (inc. f, art. 7).

En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas [...]» (Recomendación general nº 35).

Por su parte, y también vinculado a la adopción de las medidas de protección como parte integrante de los deberes de debida diligencia que debe adoptar un Estado frente a la violencia contra la mujer y, en especial, en casos de violencia intrafamiliar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sostiene que estos deberes deben ser interpretados [...] como un aspecto particular de la

obligación de garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana.

En tal sentido, una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva.

El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados.

Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas» **(CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Serv.L/V/II.Doc68, 20/01/07, párr.56)**. Del mismo modo ha señalado que el principio de la debida diligencia ha sido crucial para definir las circunstancias en que el Estado puede estar obligado a prevenir actos u omisiones de particulares y a responder a ellos.

Este deber comprende «la organización de toda la estructura estatal –incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial– para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a estos problemas» **(informe N° 80/11, «Jessica Lenahan Gonzales y ots vs. EEUU, 21 de julio del 2011, párr.. 125)**.

En este sentido, la CIDH recomendó reforzar el carácter obligatorio de las medidas de seguridad, y acompañarlas de recursos suficientes para su implementación, de una reglamentación adecuada, de programas de capacitación para los funcionarios policiales y judiciales involucrados, y del diseño de protocolos y directivas **(informe N° 80/11, «Jessica Lenahan Gonzales y ots vs. EEUU, 21 de julio del 2011, párr..201.4 y 205.5)**.

De este modo, se desprende de lo precedentemente referido que el mandato convencional de imponer medidas de protección a la víctima de violencia de género tienen por objeto mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población que se presentan como víctimas o testigos en el marco de un proceso, debiendo abarcar las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso.

Ahora bien, el control de la medida de protección por parte del fuero de familia en esta etapa del proceso se justifica en tanto ha adaptado su legislación y su estructura interna a los requerimientos convencionales referidos y, en ese orden, ha establecido procedimientos de carácter proteccional.

Al respecto, el **Código Procesal de Familia y violencia Familiar** establece como objetivo «verificar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia» **(art. 74)**.

En suma, entiendo que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento, lleven adelante con determinación y eficacia su tarea, y en cumplimiento de las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

En otro orden de ideas, pero también vinculado a la necesidad de adoptar medidas integrales para cumplir con el deber de debida diligencia en todas sus dimensiones, debo señalar la necesidad o conveniencia de sistematizar la información disponible sobre los casos de violencia por razones de género, provenientes de los distintos organismos competentes en la materia o que tengan intervención en este tipo de casos.

Ello por cuanto no sólo constituiría una herramienta útil para la consulta y seguimiento de la situación de la persona que haya sido víctima por razones de género –a partir de la información que proporcionen los distintos organismos que hayan intervenido en el caso–, sino también, para la elaboración de políticas públicas sobre una base empírica, lo que se traduce en una mayor comprensión de la situación y en la posibilidad de adoptar medidas más eficaces para la seguridad de la víctima.

Ello por cuanto –según entiendo– la desconexión de datos, la información parcializada, fragmentada, dispersa y excesivamente focalizada –principalmente en actuaciones judiciales–, constituye un serio obstáculo para brindar una respuesta integral y adecuada a la problemática de las víctimas de violencia por razones de género en las distintas instancias o ciclos por las que transita.

En tal sentido, debe destacarse como puntapié inicial para avanzar en este camino la decisión de esta Suprema Corte de Justicia de formar parte del sistema integrado de casos de violencia por motivos de género (SICVG), creado por la **Resolución 48/21 del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, conforme lo dispone la Acordada N° 30.137 (6/07/21)**.

No obstante, el déficit de información integrada sigue siendo una deuda pendiente necesaria de atender con urgencia en nuestra provincia.

Al respecto, he sostenido en el **precedente «Reyes Cortelezzi»** que resulta paradigmático que frente al despliegue de las nuevas tecnologías, no podamos contar con una base de datos digital integrada que permita identificar casos de riesgo y vulnerabilidad en materia de violencia de género.

Al respecto sostuve que «[...] cursando el siglo XXI y con el avance tecnológico existente, es menester la incorporación e implementación de sistemas digitales interoperativos e interoperables entre todos los órganos estatales, que permitan el almacenamiento y consulta de información en materia de violencia de género garantizando el uso y disponibilidad de los datos, siempre bajo los lineamientos de seguridad y protección de datos personales (Ley 25.326) y la no victimización o exposición de mujeres [...]».

Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (**CEPAL**) ha dicho recientemente «[...] tenemos que recopilar y desagregar datos, romper el silencio estadístico, con la participación de todos los actores de la sociedad» (Alicia Bárcena: Llamamos a un compromiso reforzado para erradicar la “pandemia en la sombra” de la violencia contra las mujeres y las niñas en la región en versión electrónica: <https://www.cepal.org/es/comunicados/alicia-barcena-llamamos-compromisoreforzado-erradicar-la-pandemia-la-sombra-la>, consultado 1/03/21), pero especialmente, en cabeza y responsabilidad del estado, en nuestro caso, del estado provincial».

En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 2/13 vta. por la defensa oficial de C E. L M.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **14- GONZALEZ MUÑOZ. 02-09-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Par	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210902_FcGMF.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo; 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto; 149 bis, 2° párrafo y 55 CP. Ley 26485. Convención Belem do Pará.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Amenazas agravadas. Armas. Coacciones. Violencia de género. Principio de congruencia. Derecho de defensa.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, amenazas con armas y coacciones en contexto de violencia de género, todo en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación en el entendimiento de que existen vicios in iudicando, citando la jurisprudencia del caso **Tarifeño**.

El **Procurador General** entiende que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y confirmó la sentencia del **TPC**

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1253, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Tarifeño. 28-12-89: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-tarifeño-francisco-encubrimiento-concurso-ideal-abuso-autoridad-fa89001214-1989-12-28/123456789-412-1009-8ots-eupmocsollaf>
- Leiva, María Cecilia. 01-11-11: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>
<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

b-SCJM

- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

c-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338
- V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo

(N.M.C.)

Ver Capítulo III. Delitos contra la integridad sexual.

Fallo:

CUIJ: 13-05428861-6/1((018602-89141)) FC/ G. M., F. A. P/ AMENAZASAGRAVADAS POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105606169*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05428861-6/1, caratulada **“F. C/ G. M., F. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AMENAZAS CON ARMAS Y COACCIONES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR O. PALERMO.

La defensa del imputado F. A. G. M. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.253 (fs. 313 y vta.) y sus fundamentos (fs. 315/323), por cuanto condena a su asistido a la pena de ocho años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, amenazas con armas y coacciones en contexto de violencia de género, todo en concurso real (arts. 119, tercer párrafo, 149 bis, segundo párrafo, 149 bis, tercer párrafo, segundo supuesto y 55 del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° 89.141/18 por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso de casación interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamientos sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MARIO A. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que han quedado acreditados en el debate los hechos que le fueran atribuidos al acusado. En primer lugar, que «[e]n fecha indeterminada, aproximadamente dos meses antes del ..., en el domicilio ubicado en calle ..., en Rodeo del Medio del departamento de Maipú, F. A. G., comenzó a discutir con su pareja N. M. C. G. por la presencia de la hija de aquélla en su domicilio, y tras agredirla físicamente, se dirigió a M. con un cuchillo y le expresó “Tomate el palo, no te quiero ver más”, tras lo cual le manifestó a N. C. “si llamás a la policía te voy a cagar matando a vos y a tu hija”. En segundo lugar, que «[e]n fecha indeterminada, aproximadamente dos semanas antes del..., en el domicilio ubicado en calle..., en Rodeo del medio, departamento de Maipú, al presentarse N. M. C. G. en el domicilio de su ex pareja, F. A. G., a fin de retirar su documento de identidad, éste la agarró de los brazos y la llevó hasta la habitación donde la obligó a tener relaciones sexuales, accediéndola carnalmente vía vaginal contra su voluntad, seguidamente le manifestó «así te lo hacía el otro, ahora te voy a cagar matando», y comenzó a tomarla del cuello intentando ahorcarla, hasta dejarla casi sin respiración momento en que la soltó, la tomó de los brazos y la sacó a la calle».

Finalmente, que «[e] n fecha ..., en callejón... de Rodeo del Medio, en el departamento de Maipú, F. A. G. interceptó a su ex pareja, N. M. C. G., y le manifestó “acordate que tus hijas andan solas por la calle, te los voy a matar a la pija, acordate que vos también andás sola en la calle”».

Para así decidir, el juez de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, N. M. C. G., V. C., el Lic. Fabricio Lisandrello, la Lic. Alicia Pelaia y la Lic. Judith Jakubowicz, el informe del Equipo Profesional interdisciplinario de fs. 17 (EPI), el informe del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de fs. 54/55 (CAI), el informe psíquico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense de fs. 57 (CMF) y los demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa basa su impugnación en el inciso 2 del art. 474 del CPP, esto es, en la presencia de vicios in procedendo.

Señala que si bien no participó en la audiencia de debate, de los registros audiovisuales y de los fundamentos de la resolución que cuestiona, advierte que no se siguieron los lineamientos del **precedente «Tarifeño»** y los pronunciamientos posteriores que se dictaron en este mismo sentido.

Expresa que la fiscal no acusó a su asistido de los hechos en el contexto de la ley 26.485.

Explica que si bien el juez de la instancia anterior le impuso al condenado una pena menor a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal, llegó a tal conclusión con especial consideración la referida ley, que agrava las penas en general cuando los hechos acontecen en contexto de género.

A juicio del recurrente la no presentación por parte de la titular de la acción pública del pedido de pena con base a la ley 26.485, es a todas luces violatoria del principio de congruencia y del principio de la ley penal más benigna, lo que a su entender fulmina de nulidad la sentencia por haber el juez de sentencia excedido el pedido de la titular del acción pública.

Con relación a la tarea valorativa realizada por el juez de sentencia, sostiene su arbitrariedad en tanto el sentenciante construye su razonamiento sin una premisa lógica respecto de la ocurrencia del abuso sexual que habría perpetrado su defendido.

En este sentido, explica que la anterior defensa acompañó como medio de prueba capturas de pantalla del teléfono de la víctima correspondiente al mismo día de los hechos, como así también de sus actividades después de estar en la casa de los padres de G..

Asegura que en el caso de haber existido una relación sexual entre G. y la supuesta víctima, aquélla fue consentida.

Explica que no se advierte desde la lógica, ni desde el sentido común, la posibilidad de que haya existido una situación sexual llevada a cabo sin el acuerdo de la víctima.

Sostiene que el juez de la instancia anterior construyó esta conclusión sobre la ocurrencia de los hechos en base a su íntima convicción y apartándose de manera total de la sana crítica racional.

Concluye que para llegar a tal afirmación basta con analizar la conducta ex post de la denunciante. Por las razones expuestas, solicita se case la sentencia recurrida y se absuelva a su representado por los delitos en virtud de los cuales fue condenado.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

Así, y con relación con la alegada vulneración del principio de congruencia, sostiene que la sentencia ha recaído sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, lo que la defensa pudo tener presente en todo momento.

Agrega que el juez sentenciante tuvo en cuenta toda la **contextualidad de género**, la misma que tuvo en cuenta la fiscal desde el comienzo de la causa y que quedó expresada en la elevación a juicio.

Por ello, considera que en el caso en estudio no se verifica de ninguna manera la violación al referido principio, toda vez que el acusado –asistido por la defensora oficial–, tuvo conocimiento de los hechos endilgados desde el principio de la causa, no advirtiéndose ninguna variación en el relato de los hechos, ni de su calificación legal.

En cuanto a la existencia de arbitrariedad en la valoración de la prueba, entiende que es una estrategia defensiva, teniendo en cuenta que la sentencia se encuentra fundada de manera sólida, habiéndose evaluado cada una de las pruebas existentes y su valor convictivo.

Por ello, concluye que no se puede sostener que la sentencia cuestionada este insuficientemente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada. Paso a explicarlo.

a.- De acuerdo a lo que surge del escrito recursivo, los agravios esbozados por el impugnante giran en torno a la valoración –a su juicio– arbitraria de los elementos de prueba incorporados al proceso, en especial, el testimonio brindado por la víctima N. M. C..

Del análisis del fallo cuestionado y la impugnación formulada, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó el tribunal sentenciante, fundada en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento.

Además, se advierte que el recurrente reedita algunos de los argumentos expuestos por quien tuvo a su cargo la defensa del acusado al tiempo de formular los alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la sentencia que cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

Por otro lado, entiendo importante destacar que el juez de la instancia anterior ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales y regionales aplicados en casos de violencia contra la mujer y, en esta tarea, consideró como un elemento de juicio relevante el testimonio brindado por la víctima N. C., respecto del cual consideró que «[...] la testigo lució sincera, con una actitud en cierto modo pasiva, incluso remisa a dar datos sin que le preguntasen las partes, escueta en sus respuestas y, en ningún momento lució con inquina o rencor hacia el acusado» (ver fundamentos, fs. 317).

A su vez el juez sentenciante entendió que la versión de los hechos brindada por la víctima se encontraba corroborada con los distintos elementos periféricos, cuya validez –cabe aclarar– no ha sido objeto de censura por parte del recurrente.

Al respecto, el sentenciante señaló que «[e]l segundo elemento de juicio es la prueba de carácter científico. La generada por expertos se constituye en prueba básica puesto que hoy en día las técnicas y los estándares de prueba en casos de violencia de género han obtenido enormes avances y por lo tanto su confiabilidad es sumamente elevada» (ver fundamentos, fs. 315 vta.).

De este modo, el juez de la instancia anterior valoró la declaración testimonial del Lic. Fabricio Lisandrello, quien se desempeña en el EPI y tuvo a su cargo la elaboración del informe de riesgo en relación a N. C., donde concluyó sobre la existencia de un riesgo alto.

Así también, el sentenciante meritó el testimonio prestado por la Lic. Alicia Pelaia del CMF, quien sostuvo que el relato de la víctima presentaba indicadores de credibilidad con motivo que «[...] fue claro, lógico, coherente, con compromiso emocional, distinguiendo indicadores de angustia, temor y ansiedad evidentes».

A la misma conclusión arribó el sentenciante con relación a lo informado por la Lic. Judith Jakubowicz, quien se desempeña como perito en el Tercer Juzgado de Familia, donde se tramitaron causas contra el acusado por situaciones de violencia familiar. Destacó el juez de la instancia previa que «[e]n su declaración la licenciada detalló el rol pasivo de C. ante la agresión, describiéndolo como “rol complementario pasivo”».(ver fundamentos, fs. 319 vta.).

De este modo, se advierte que el censurante construye sus argumentos defensivos omitiendo considerar elementos de juicio dirimientes en orden a acreditar los extremos de la imputación. En cambio, dirigió su crítica a circunstancias que –según advierto– no tienen incidencia frente al cuadro probatorio descripto y que, por otra parte, fueron debidamente dilucidadas por el juez de la instancia anterior.

Así, el recurrente centra su estrategia defensiva en la conducta ex post de N. C., en tanto consideró relevante como elemento de juicio desincriminante las capturas de pantallas del teléfono de la víctima realizadas el mismo día de los hechos y de sus actividades después de estar en la casa de los padres de G.. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Ello por cuanto la defensa no explica de qué manera la conducta que habría asumido la víctima con posterioridad a los hechos –la cual no describe ni valora– desvirtúa los fundamentos tenidos en consideración por el sentenciante para considerar acreditados los hechos por los cuales resultó condenado el acusado.

No obstante ello, se desprende de los fundamentos de la resolución cuestionada que el juez de la instancia anterior valoró las comunicaciones en las que la víctima había reconocido que se equivocó.

Al respecto, el juez de sentencia señaló que «[e]n rigor de verdad y bien mirada la cuestión, esas comunicaciones tuvieron lugar cuando ya G. estaba detenido lo que podría implicar, teniendo en cuenta la relación de dominación-sumisión descripta por los peritos, una nueva muestra de la relación tóxica persistente y de la falta de umbral de alarma».

Aclaró el sentenciante que «[...]nada se le inquirió a C. sobre esto en la audiencia para que lo explicara» (ver fundamentos, fs. 321 vta.).

Por las mismas razones no puede prosperar en esta instancia la hipótesis sugerida por la defensa, en tanto sostiene que en el supuesto de que haya existido una relación sexual, ésta fue consentida, ello atendiendo al vínculo entre las partes y su situación de convivencia o semiconvivencia.

Al respecto, cabe referir que la defensa nuevamente realiza un análisis sesgado de las constancias de la causa y, por ende, no confronta su propuesta con el cuadro probatorio debidamente incorporado y analizado por el juez de sentencia.

Del mismo modo, omite considerar el contexto en que acontecieron los hechos, aspecto éste que fue debidamente ponderado por la fiscal al momento de formular la acusación como por el juzgador al momento de valorar los elementos de juicio que dieron sustento a sus fundamentos.

En definitiva, la compulsa de los fundamentos de la sentencia demuestra que el juez de la instancia previa valoró los elementos probatorios incorporados de manera adecuada y que su razonamiento no contiene vicios capaces de desvirtuar la conclusión a la que llega.

Por ello, constatado que el sentenciante ha logrado obtener la certeza necesaria para tener por corroborada la plataforma fáctica imputada a F. G. M., se impone analizar si se verifican las pretendidas vulneraciones de garantías del acusado señaladas por la defensa.

b.- Sostiene el recurrente que el juez de la instancia anterior habría vulnerado el principio de congruencia. Ello por cuanto –y a su criterio– la fiscal al momento de formular su acusación no consideró los hechos en un contexto de violencia de género.

En particular, señala que si bien el sentenciante consideró una pena menor a la propuesta por el Ministerio Público Fiscal, aclaró que no se trata del quantum de la pena impuesta lo que cuestiona, sino de los caminos que tuvo en mente el sentenciante para llegar a ese monto, en tanto la perspectiva de género supuso para el juzgador una agravante en esta ponderación.

Por tal motivo, a juicio del recurrente, el juez sentenciante habría excedido el límite impuesto por la titular de la acción pública. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido debe ser desestimado en esta instancia.

Ello por cuanto el contexto de violencia de género no constituye un elemento configurativo de los tipos penales en los que se subsumieron los hechos objeto del proceso, ni tampoco tal circunstancia está contemplada como una agravante genérica en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante ello, y en lo referente a los argumentos que motivaron a la fiscal a solicitar la pena de nueve años de prisión, se desprende de los registros audiovisuales que la titular de la acción pública consideró el contexto de violencia de género en que tuvieron lugar los hechos como una de las agravantes para mensurar el monto de la sanción propuesta (ver registro audiovisual, día 9/09/20, parte III, minuto 25:31).

De acuerdo a ello se expidió el tribunal, en tanto valoró para determinar la pena –de acuerdo lo que le imponía la legislación vigente y los compromisos asumidos por el Estado argentino en la materia– la modalidad en que se ejecutó el hecho, por su contexto de violencia de género, lo que aparece adecuado conforme las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP.

Por otro lado, también advierto de las constancias de autos que se ha mantenido a lo largo del proceso una correlación fáctica y jurídica entre la acusación fiscal contenida en el requerimiento, la efectivizada en el debate y la contenida en la sentencia.

Por tal motivo, no se verifica en las presentes actuaciones el vicio denunciado por el censurante, al no vulnerarse el **principio de congruencia** y, por ende, el derecho de defensa en juicio del acusado (ver «**Murcia Lucero**» y «**Torres Surget**»).

De este modo, entiendo que este primer aspecto resulta suficiente para desestimar la crítica en la que el censurante sustenta la supuesta vulneración al principio de congruencia.

Sin embargo, y en orden al agravio propuesto por la defensa, cabe desatacar el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 7 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 7 y 8 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres).

Al respecto, he señalado que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)» (ver, «**Concha**»).

Por su parte, conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

A su vez, debe señalarse que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216;

Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re **“Leiva, María Cecilia”**, entre otros).

Conforme lo reseñado, advierto que la señora Fiscal tanto en la recaudación de los elementos probatorios como al momento de valorarlos, orientó su labor a detectar las circunstancias que denotaban la violencia estructural en la que acontecieron los hechos de violencia perpetrados por el acusado hacia la víctima. Del mismo modo, el juez de sentencia imprimió en su análisis la perspectiva de género que la temática en estudio demanda y, de esta manera, siguió los lineamientos impuestos por los compromisos convencionales al momento de valorar los elementos de juicio que, en definitiva, dieron sustento a la solución condenatoria.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de la posición que he sostenido en anteriores oportunidades respecto algunos puntos alcanzados en el voto preopinante, debo realizar ciertas consideraciones ulteriores.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “**Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas**”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a

“vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)». Ello no resulta novedoso para

la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres,

como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**) –conf. «Zurita»–.

A lo dicho se agrega que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la **Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña.

Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña» (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad.

Así lo he sostenido recientemente en «Zurita». Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P., V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente

para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). En tercer orden, y tal como destacué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Zurita**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de F. A. G. M. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.253 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

• **15- AGUERO. 15-09-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcAOD.pdf

Lex: Art. 92 en función con el 89 y 80 inc. 1° y 11°; 55, 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto y 10 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Amenazas agravadas. Arma. Privación ilegítima de la libertad. Detención domiciliaria.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena **un año de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por haber mediado relación de pareja y por mediar violencia de género, en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-32.978/21 (art. 92 en función con los arts. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 149 bis párr. 1 supuesto 2 del CP); y, también autor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad cometida en contexto de violencia de género que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-716.791/19 (art. 141 del CP y art. 4 de la ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación. Aduce que en el juicio abreviado se acordó la pena, pero no así la modalidad de cumplimiento.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7.801, pronunciada por el JPC N°1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Olivares Gómez. 02-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210702_FcOGC.pdf
- Vera Morales. 06-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf

b- CSJN

- 306:262
- 314:451.
- 314:791.
- 321:1328
- 322:1605.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (licencia).

(H. Z.)

Ver Capítulo II. Lesiones

• **16- URRUTIA. 16-09-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcUMM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239, 55, 26 del CP. Art. 403 del CPP.

Vox: Amenazas simples. Desobediencia. Delito continuado. Concurso real.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión** con el beneficio de la ejecución condicional como autor penalmente de los delitos de desobediencia en la modalidad de delito continuado en tres hechos y amenazas como delito continuado en el primer y segundo hecho, en concurso real (artículos 239 y 149 bis, primer párrafo, art. 26 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. Sostiene que en el caso concreto se encuentra conculcado el art. 403 del CPP, toda vez que no se admitió la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas, motivo por el cual sostiene que la sentencia es arbitraria y violatoria del derecho de defensa.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Considera en ese sentido, que el recurso gira únicamente en torno a la denegatoria del juzgador a la incorporación de supuesta nueva prueba.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 208, pronunciada por el JPC N° 3- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús, 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ontiveros Arancibia, 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Brizuela Garro. 22-06-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIwNTI=&ta bla=c2M=>
- Lorente Luis. 30-09-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIwOTg=&abla=c2M=>
- García Echenique. 15-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180515_FcGEC.pdf
- Castro Nahuel.
- Aravena Arroyo. 07-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=48>
- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<http://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>
<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>

Doctrina citada.

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13-08-14:
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 09-12-11:
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, 26-06-17:
<https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/unicef-present%C3%B3-gu%C3%ADas-para-periodistas-para-fortalecer-los-derechos-de-chicos-y>

Párrafos destacados.

«Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

«En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación».

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. (Licencia) Valerio.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05027688-5/1((028503-550014)) FC/ U. M. M.. E. P/ AMENAZAS (550014) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105193077*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05027688-5/1 caratulada "FC/ U. M., M.. E. P/ AMENAZAS AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de M. M. U. M. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 208 que condena al nombrado a la pena de siete meses de prisión con el beneficio de la ejecución condicional como autor penalmente de los delitos de desobediencia en la modalidad de delito continuado en tres hechos y amenazas como delito continuado en el primer y segundo hecho, en concurso real (artículos 239 y 149 bis, primer párrafo, art. 26 y 55 del CP); fallo pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamientos sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez del Tercer Juzgado Colegiado ha tenido por acreditados los hechos que se le atribuyen al encartado tal como se encuentran descritos en requerimiento de elevación a juicio. En lo pertinente y en relación al primer hecho atribuido al encartado, esta pieza refiere que en la ciudad de Malargüe el 18 de febrero de 2016, M.. U. a las 7:30 horas se desplazaba en un automóvil cuando interceptó a su ex pareja, J J. G. H en inmediaciones de calle antes de llegar a calle Esta última se desplazaba en bicicleta y no obstante la prohibición de acercamiento que pesaba sobre el encartado, le cruzó el auto por delante y le manifestó: «Vos no te vas a ningún lado así que me dejaste por tu compañero, vos y el otro me las van a pagar, te voy a pegar donde más te duele». Al hacerlo golpeó con su pie la bicicleta. Luego le sacó a la víctima la mochila de la silla de bebé que se encuentra en la parrilla de la bicicleta y se dirigió a su automóvil; por lo que J tiró la bicicleta y recuperó su mochila de las manos de M.. U. quién se subió a su automóvil y se fue rápidamente. En relación al segundo hecho, la pieza acusatoria da cuenta que en Malargüe el 12 de abril de 2016, alrededor de las 13:10 horas, en momentos en que J J. G. H. y su hermano J. G., se desplazaban cada uno en su bicicleta por calle En esos momentos los adelantó el imputado en su vehículo y frenó bruscamente. Aquéllos no le dieron importancia y continuaron su marcha. Pero al llegar a la intersección de calle Villa Nueva, el imputado se desplazó en su vehículo en la misma dirección, frenó bruscamente frente a ellos y se bajó del auto. Jonathan se colocó delante de J G.. En esas circunstancias, el imputado le

dijo que con él no quería hablar, que quería hablar con J a lo que Jonathan le dijo «a mi también me puedes hablar si yo te dije que te iba a llevar las cosas».

Ello en referencia a que J tenía tres caños petroleros y una tela media sombra, tinglado que U. había armado cuando vivían juntos. Al decirle esto J., el imputado le dijo «con vos no quiero hablar» y dirigiéndose a J le preguntó cuando le iba a devolver las cosas. Ella contestó que ya se las iba a llevar. Pero M.. U. siguió insistiendo en que se las devolviera, hasta que finalmente le dijo «ya te voy a encontrar sola, ustedes se hacen los muy picudos porque andan juntos». A su vez a Jonathan le dijo «a vos te voy a encontrar solo también». Luego se subió al auto y se retiró del lugar. Finalmente respecto del tercer hecho, del requerimiento surge que no obstante la prohibición de acercamiento que pesa sobre el encartado, el día 6 de diciembre de 2016, momentos antes de las 21:40 horas, J G. H salió caminando de su trabajo en el Escuadrón 29 de Malargüe. Así haciendo el recorrido desde la salida del Escuadrón hacia el norte hasta calle Zapata y por esta hacia el sur por calle Corvalán, advirtió que el imputado la seguía en su vehículo. Al llegar a su domicilio sito en Sargento Host N° 513, el encartado pasó por el frente, se detuvo un momento y le gritó «no seas caradura, devolvé lo que me debes» siguiendo su recorrido hacia el oeste.

Para así decidir valoró, entre los principales elementos, la declaración testimonial de J J. G. H., los informes psiquiátricos practicados a U. M., el informe psicológico de la denunciante practicado por el Dr. Cesáreo del CMF, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del inc. 2 del art. 474 del CPP y, alega la existencia de vicios formales que invalidan el fallo atacado.

Sostiene que en el caso concreto se encuentra conculcado el art. 403 del CPP, toda vez que no se admitió la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas, motivo por el cual sostiene que la sentencia es arbitraria y violatoria del derecho de defensa.

Acompaña doctrina y jurisprudencia en apoyo de su reclamo.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 227 y vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación intentado. Considera en ese sentido, que el recurso gira únicamente en torno a la denegatoria del juzgador a la incorporación de supuesta nueva prueba.

Expresa que el tribunal verificó que dicha prueba podría haber sido ofrecida oportunamente teniendo en cuenta que este hecho fue puesto en conocimiento en la investigación de la causa, como así también una vez que se efectuara el requerimiento de elevación a juicio donde la defensa pudo haber ofrecido las pruebas en concreto.

En definitiva opina que no se configuran los presupuestos del art. 403 del CPP, razones en las que propicia el rechazo del remedio intentado por la defensa de U. M..

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Para comenzar y tratándose el presente caso de un supuesto de violencia de género, entiendo relevante destacar que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

Así, se han establecido lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres (Cf. Corte IDH, Caso del Penal Castro **Castro vs. Perú. Fondo**, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160, Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, resulta oportuno destacar, tal como expresé in **re «Galdeano Reyes»**, que «[...] analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos relativos al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Para alcanzar tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de ese tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 78).

En este entendimiento, y a fin de tener en el caso sub examine una mayor comprensión de esta problemática, entiendo pertinente lo que sostuve en el **precedente «Concha Jesús»** en relación a que debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011, parr. 17).

Por ello resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, in re **«Ontiveros Arancibia»** sostuve que «[...] que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima con una mirada integral de la problemática, cumpliendo de este modo con los criterios interpretativos que establece **la Ley 26.485** (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho que tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

La sentencia cuestionada otorgó valor probatorio fundamental, para determinar las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos atribuidos al acusado, al testimonio de la víctima.

El juez de la instancia anterior consideró, acertadamente a mi criterio, que el testimonio de la víctima permitió tener por acreditada la hipótesis acusatoria sostenida por el órgano fiscal en cuanto a la existencia del hecho y la autoría de U. M. en el mismo.

Entiendo, en consonancia con lo expuesto por el a quo, que los dichos de J J. G. H. en este caso eran suficientes para sustentar el juicio de certeza positiva requerido para condenar, en la medida que se trata de un relato sincero, coherente, y consistente. Además, el a quo arribó a esta conclusión en virtud de su impresión directa en el curso del debate, y calificó los dichos de J J. G. H como veraces y sinceros, a la vez que conforme los estudios psicológicos quedó corroborado que fue víctima de violencia de género (audiencia oral del día 30/10/2019).

En consecuencia, entiendo correcta la valoración efectuada por el magistrado de la instancia anterior respecto del testimonio de la víctima, debido a que su relato se mostró coherente y preciso en relación al hecho denunciado y la sentencia ha sido fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, en especial en la declaración testimonial de la víctima con un relato coherente y congruente que se condice con el resto del material probatorio, y que la defensa no ha logrado desvirtuar en esta instancia. Ahora bien, el recurrente enfoca su crítica en la denegación por el a quo del ofrecimiento de nueva prueba.

Ello, a criterio de la defensa del encartado, tornaría a la sentencia arbitraria por violación del derecho de defensa. No comparto lo señalado.

El tribunal de sentencia al rechazar la solicitud de nueva prueba formulado por la defensa del imputado durante el debate, consideró que los testimonios ofrecidos de R. C. y de F. U. –actual pareja y hermano del encartado respectivamente–, no ostentaban la calidad de nueva prueba que pretendía la defensa.

Por ende encuentro que la denegatoria del Tribunal resulta ajustada a derecho, sin que pueda predicarse la afectación del derecho de defensa, como pretende el censurante. De acuerdo a la normativa involucrada, esto es el artículo 403 del CPP, el ofrecimiento de nuevas pruebas durante la sustanciación del juicio oral está sujeto a dos condiciones.

En primer lugar que surjan a pedido de parte en el transcurso del debate, el cual no se encuentra cerrado hasta que las partes no hayan emitido sus alegatos y el imputado haya tenido oportunidad para hacer uso de la palabra.

Es decir que, aún terminada la recepción de la prueba, pueden surgir de aquellos actos, nuevos elementos de prueba dirimente. En segundo lugar, esto es que sean novedosos y que resulten manifiestamente útiles para lograr un mayor grado de convicción respecto de los hechos objeto de conocimiento.

En el caso concreto se advierte que la defensa no ha explicitado por qué resultaban novedosos esos elementos y cuál era la importancia de los testimonios de R. C. y de F. U., en los hechos que intentaba acreditar.

No indicó el carácter indispensable o manifiestamente útil de las declaraciones ofrecidas, ni su pertinencia ni su aptitud conviccional para esclarecer los hechos ni su real aptitud para lograrlo.

En la medida que el recurrente pretende la declaración de nulidad de la sentencia por violación del derecho de defensa en juicio del imputado debió articular en esta instancia mayores razones de por qué no fueron ofrecidas oportunamente, así como qué aspecto de los hechos vio imposibilitado de probar, es decir, cuál es el interés concreto en la declaración de la nulidad requerida.

En definitiva y, conforme surge de las constancias de la causa, la parte recurrente no ha articulado en esta instancia extraordinaria razones suficientes para demostrar el interés que subyace en la nulidad pretendida.

En este punto, entiendo pertinente recordar el criterio de esta Sala, que sostiene que dicha sanción procesal de nulidad no constituye ni un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto preservar todas las garantías constitucionales.

Por ello, debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (ver **“Brizuela Garro”**; **“Lorente Luis”**).

Asimismo, ha dicho este Cuerpo que «[...] las nulidades no pueden ser declaradas en el solo beneficio de la ley [...]» y que «[...] declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros muchos motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes» (ver **“García Echenique”**; **“Castro Nahuel”**; **“Aravena Arroyo”**, entre otros).

Esta perspectiva me permite compartir el dictamen del Procurador General, cuando sostiene que la queja gira en torno a la denegatoria por parte del Tribunal en el momento del debate oral de incorporar nueva prueba por considerar que no resultaba ni pertinente ni útil, a la vez que la etapa procesal para el ofrecimiento de prueba se encontraba precluida, tal como dictaminó la fiscal contestar la vista oportunamente conferida.

Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **«M.les Quiroga»**, **«Cruz Caporiccio»**, **«Ojeda Pérez»**, **«Vázquez Tumbarello»**, **«Narváez Videla»** y **«Brancello Urbón»**. En particular, como expuse en **«Ojeda Pérez»** «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”**, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a

vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (**art. 206 y 409 del CPP**)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia

contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narvárez Videla»**).

En este sentido, en el **precedente «Brancello Urbón»** concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y todo el material probatorio que agrega credibilidad.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 212/219 vta. por la defensa de M.. M... U. M..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de septiembre de 2021.-

• **17- SUAREZ ROBLES. 18-10-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211018_FcSRJ.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 189 bis inc. 2, 1° párrafo, 40 y 41 del CP. Art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Art. 160 de la CN.

Vox: Amenazas. Tenencia de arma de fuego de uso civil. Individualización de la pena.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión** en efectivo como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2 primer párrafo del Código Penal). El MPF no sostuvo la acusación por el delito de amenazas, por lo que fue absuelto por este ilícito.

La **defensa** interpone recurso de casación. Sostiene que la sentencia ha incurrido en defectos en su motivación que le impiden erigirse como acto jurisdiccional válido por haber transgredido las reglas de coherencia y derivación, de ello resulta que se trata de una sentencia que reviste apariencia de fundada, ostentando el vicio de arbitrariedad y por ello, se impone su nulidad. Cuestiona la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes consideradas por la jueza de primera instancia. Sostiene que las circunstancias atenuantes debieron gravitar más que las agravantes que ni siquiera fueron nombradas por la jueza en la parte resolutive.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. El acto sentencial cuestionado se encuentra debidamente fundado en todos sus aspectos, puesto que el tribunal de sentencia valoró de forma adecuada e integral las pruebas incorporadas al debate y no se advierten en el razonamiento del sentenciante vicios que permitan afirmar que estamos frente a una decisión arbitraria. Concretamente respecto a la determinación del monto de la pena entiendo que la jueza ha brindado, debidamente, los motivos que a su criterio resultaban determinantes de la pena impuesta y que la llevaban a alejarse del mínimo de la escala penal del delito por el cual Suárez Robles fue condenado. No surge la pretendida falta de motivación alegada por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4905, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro. (Licencia)

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-06729676-6/1((038501-44806)) F. C/ SUAREZ ROBLES JOSE KEVIN P/ AMENAZAS AGRAVADAS P/ RECURSO. EXT.DE CASACIÓN *105989072*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06729676-6 caratulada “F. C/SUÁREZ ROBLES, JOSÉ KEVIN S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de José Kevin Suárez Robles, promueve recurso de casación contra la sentencia N° 4.905, de fecha 12 de agosto de 2.021 y sus fundamentos brindados oralmente, en tanto condena a aquél a la pena de ocho meses de prisión en efectivo como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2 primer párrafo del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en autos N° P-44806/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El acto sentencial puesto en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, tuvo por acreditado que «[...] el día 9 de mayo de 2.021, siendo la hora 02.00 aproximadamente, la víctima Jesús Daniel Ponce Gómez, se encontraba en la vereda de su domicilio sito en Primer Barrio Buen Orden Manzana C, casa 10 de Buen Orden, San Martín, Mendoza, oportunidad en que se hizo presente JOSÉ KEVIN SUÁREZ ROBLES, a bordo de un vehículo marca Fiat, modelo Uno, dominio BOO 321 de color blanco, quien exhibiéndole un arma de fuego tipo revólver le manifestó “no te hagas el vago, te voy a meter un tiro”, “te voy a meter un tiro”, retirándose del lugar. Posteriormente, personal policial que había sido alertado por la víctima, logró detener la marcha del rodado sobre el callejón interno y callejón Moreno de El Espino, San Martín, Mendoza, aprehendiendo al señalado y encontrando debajo del asiento del conductor un arma de fuego tipo revólver de seis alveolos de color gris con cachea de color marrón.

Posteriormente, personal de policía científica, sección balística informó que el arma de fuego funcionaba para la ejecución de disparos y se clasificaba como arma de fuego de uso civil». En razón de que durante el debate, particularmente en los alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal no sostuvo la acusación en relación con el delito de amenazas originalmente atribuido al acusado, la jueza absolvió a este último por tal delito pero condenó respecto del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil.

La pena que determinó, como se dijo, es de ocho meses de prisión de ejecución efectiva.

Para así decidir la sentenciante tomó en consideración los dichos vertidos en audiencia de debate por José Kevin Suárez Robles (acusado), el testigo Jesús Daniel Nicolás Ponce y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

La defensa técnica del acusado formula recurso de casación a tenor del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Sostiene que la sentencia ha incurrido en defectos en su motivación que le impiden erigirse como acto jurisdiccional válido por haber transgredido las reglas de coherencia y derivación, de ello resulta que se trata de una sentencia que reviste apariencia de fundada, ostentando el vicio de arbitrariedad y por ello, se impone su nulidad.

Afirma que se ha inaplicado el art. 416 inc. 4 del CPP y señala que concretamente la motivación es falsa por cuanto se aplica una pena de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Ello, en virtud de que se consideró como circunstancias agravantes: los antecedentes de violencia de género del acusado conforme una sentencia recaída en el 2015 que ya se encontraba cumplida; la conducta procesal que se desprende del acta de procedimiento en razón de las altas horas de la noche en que se produjo el hecho; y, que no resulta gracioso hacer una «joda» a esa hora de la noche en la cual fue aprehendido.

En otro orden refiere que como circunstancias atenuantes se consideró: que quedó acreditado que Suárez no iba a cometer un delito y que el arma no se encontraba cargada, esto es que no tenía cartuchos.

Así, a criterio del recurrente las circunstancias atenuantes debieron gravitar más que las agravantes, pero no obstante ello la jueza se apartó del mínimo legal y aplicó un «treinta por ciento más de condena» –dos meses más– por lo que se incurrió en una sanción penal excesiva.

De tal manera refiere que la pena aplicada no se enmarca en los lineamientos que establece el Código Penal en los arts. 40 y 41 que ni siquiera fueron nombrados por la jueza en la parte resolutive

Por su parte, critica que se hayan considerado como agravantes los antecedentes del acusado, concretamente una condena anterior y la circunstancia de haber cometido el delito en presencia de personas menores de edad, evento que a criterio del recurrente no se encuentra acreditado.

Destaca que al momento de la petición concreta sobre el monto de la pena consideró que la pena acorde al delito cometido debía ser la de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Por ello solicita se case la sentencia y se imponga esa pena al acusado.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se expide a fs. 6/7 y, luego de examinar el recurso de casación promovido y la sentencia cuestionada señala que, aunque la vía recursiva procede en su aspecto formal corresponde su rechazo en cuanto al fondo de la cuestión.

De tal manera, considera que la jueza al momento de valorar el monto de pena aplicable analizó debidamente el tema y contempló las circunstancias agravantes y atenuantes.

Así la referencia a la condena anterior resultó válida, al igual que la circunstancia de la fuga y el hecho de que en el rodado se encontraban menores de edad al tiempo que portaba un arma a altas horas de la noche. Agrega que se valoraron las circunstancias atenuantes.

Añade que el monto de la pena no aparece desproporcionado y, en función de lo expuesto, aconseja se confirme la resolución impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Examinado el recurso de casación promovido y la sentencia cuestionada, adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado y la resolución confirmada. Ello, en tanto considero que no se verifican los vicios denunciados por el recurrente. Veamos.

De manera preliminar, estimo conveniente señalar que la acusación pública atribuyó originalmente al acusado, conforme el hecho detallado precedentemente en el apartado 1, el delito de amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

Al momento de formular los alegatos conclusivos, el representante del Ministerio Público Fiscal consideró que por aplicación del principio de la duda en relación con el delito de amenazas existía la posibilidad de que tal hecho resultase atípico, motivo por el cual no sostuvo la acusación a su respecto.

No obstante, y por considerar acreditados todos los extremos en relación al delito de tenencia de arma de fuego de uso civil, solicitó la aplicación de la pena de un año de prisión en efectivo (minuto 20:20 del registro audiovisual de fecha 28/7/21).

Por ello, la jueza absolvió al acusado del delito de amenazas y condenó a Suárez Robles sólo por el delito de tenencia de arma de fuego de uso civil a la pena de ocho meses de prisión de ejecución efectiva.

Ahora bien, del recurso se desprende que las críticas formuladas por el recurrente giran en torno al monto de pena impuesto a José Kevin Suárez Robles por el hecho por el cual resultó condenado y que, más allá de que el defensor técnico refiere vicios formales y sustantivos, es posible reconducir los cuestionamientos en torno a la diversa valoración que en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes consideradas por la jueza de la instancia anterior.

Contrariamente a lo que afirma la defensa, estimo que el acto sentencial cuestionado se encuentra debidamente fundado en todos sus aspectos, puesto que el tribunal de sentencia valoró de forma adecuada e integral las pruebas incorporadas al debate y no se advierten en el razonamiento del sentenciante vicios que permitan afirmar que estamos frente a una decisión arbitraria.

Concretamente respecto a la determinación del monto de la pena entiendo que la jueza ha brindado, debidamente, los motivos que a su criterio resultaban determinantes de la pena impuesta y que la llevaban a alejarse del mínimo de la escala penal del delito por el cual Suárez Robles fue condenado.

En efecto, la jueza tomó como referencia la escala del ilícito por el que resultó condenado Suárez Robles –tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil–, la que fluctúa entre los seis meses de prisión y los dos años de prisión (art. 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP).

Posteriormente, y para determinar la pena impuesta consideró, como circunstancias agravantes: la existencia de una condena anterior por violencia de género en el acusado –cuya existencia se verifica con

la planilla de antecedentes penitenciarios–; la presencia de personas menores de edad en el auto en el que circulaba el acusado y que presenciaron el hecho; la huida protagonizada por el acusado –la que surge del acta de procedimiento–, y la nocturnidad en que ocurrió el hecho –que emerge de las constancias de la causa, de los dichos del testigo y víctima Jesús Daniel Nicolás Ponce y de las declaraciones de José Kevin Suárez Robles–.

Por su parte, valoró como circunstancias atenuantes el hecho de que no se encontraba acreditado que el acusado iba a cometer un delito y que el arma no se encontraba cargada.

De lo expuesto y como ya señalé, en coincidencia con lo dictaminado por el Procurador General no surge la pretendida falta de motivación alegada por la defensa.

Tampoco le asiste razón al recurrente en cuanto a que la jueza no invocó los arts. 40 y 41 del Código Penal en tanto pautas mensuradoras al momento de determinar la penalidad aplicable.

Por el contrario, de lo detallado anteriormente surge claramente que la jueza tomó en consideración tales parámetros encontrándose debidamente justificada la sanción aplicada (ver al respecto registro audiovisual de fecha 12/8/21, a partir del minuto 11.30).

En síntesis, estimo que la juzgadora ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para la determinación de la sanción aplicada, aportando motivos adecuados para apartarse del mínimo de la escala penal correspondiente.

De tal manera, no asiste razón a la defensa cuando afirma que la fundamentación del monto de la pena resulta un caso de motivación aparente, o que la sanción aparece desproporcionada o arbitraria en relación con el hecho.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha propuesto para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Kevin Suárez Robles y, en consecuencia, confirmar la sentencia cuestionada y sus fundamentos dictados por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

2.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 18 de octubre de 2021.-

• **18- LLANES. 02-11-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211102_FcLRJ.pdf

Lex: Art. 162, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Hurto simple. Amenazas simples. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condena al nombrado a la pena de **un año de prisión** por el delito de hurto simple en concurso real con amenazas simples (arts. 162, 55, 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación a tenor de lo dispuesto por los arts. 474, incs. 1 y 2 del CPP. sostiene que la jueza de la instancia previa resolvió de manera injusta, arbitraria, manifiestamente parcial a la hipótesis del representante del Ministerio Fiscal y no probada con el grado de certeza requerido en esta instancia procesal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6946, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Narambuena. 04-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(E.C.)

Ver Capítulo V. Delitos contra la propiedad

• **19- GONZALEZ BRIZUELA. 08-11-21.**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AI	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211108_FcGBC.pdf

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas agravadas. Arma.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y ocho meses de cumplimiento efectivo** por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, primer párr., segundo supuesto, del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia dictada. Cuestiona la valoración probatoria, que no se ha resuelto de acuerdo a las normas de la sana crítica racional, que afecta el debido proceso legal y derecho de defensa. Se cuestiona la valoración de las declaraciones del imputado, víctima y testigos. Se cuestiona en segundo lugar, el monto de la pena, por entender que es excesiva y desproporcionada.

El **Procurador General** entiende que procede desde el punto de vista formal, pero debe ser rechazada la pretensión casatoria de la defensa. No comparte que existan contradicciones entre las declaraciones de las partes.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° ., pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales 10-09-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez» 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Galdeano Reyes. 31-7-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles
- Rivero Gutiérrez. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Alaniz Pinera, 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

Párrafos destacados.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en «**Narvárez Videla**»).

Todas estas consideraciones resulta de aplicación al caso toda vez que la jueza de la instancia previa valoró todos los elementos de prueba de acuerdo con las pautas antes señaladas.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente.

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05521551-5/1((018502-31156)) F. C/GONZALEZ BRIZUELA CARLOS P/AMENAZAS AGRAVADAS... P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105704026*

En Mendoza, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05521551-5/1 caratulada "Fc/ GONZÁLEZ BRIZUELA CARLOS P/ AMENAZAS AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Carlos Adrián González Brizuela interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 que lo condenó por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, primer párr., segundo supuesto, del CP) a la pena de dos años y ocho meses de cumplimiento efectivo en los autos P-31156/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa, en lo que aquí interesa, consideró acreditado que «[...] el día 16 de abril de 2020, siendo las 21:00 horas, CARLOS ADRIAN GONZALEZ BRIZUELA se constituyó en el domicilio de A. L. R. M., su ex pareja, sito en calle número de, a fin de ver a los hijos menores que tienen en común, a través de la ventana. En tales circunstancias y ante la negativa de los niños de querer contactarse con su padre, GONZALEZ BRUZIELA comenzó a insultar a R. M., quien se encontraba en el interior, al momento en que pateaba la puerta de ingreso al domicilio y le manifestó "yo a vos te mato prostituta culiada", por lo que esta procedió a llamar al 911. Transcurridos escasos minutos y al ver que el encartado no se encontraba en la puerta del domicilio, la víctima egresó de la vivienda a sacar la basura, cuando observó que GONZALEZ BRIZUELA venía desde la esquina, llevando consigo un caño de gas de aproximadamente 50 cm de largo color amarillo, es por ello que la misma apresuró la marcha para ingresar al inmueble, al tiempo que el incuso la pechó contra la ventana y le profirió "te dije que te iba a matar culiada", mientras blandía el elemento descripto ut supra. En esos momentos, R. M. solicitó ayuda a los gritos, saliendo de la morada sus hijos, quienes impidieron que la misma sea agredida. Posteriormente, se constituyó personal policial en el lugar, quienes procedieron a la aprehensión del sindicado, trasladándolo a sede de Sub Comisaría Iriarte, a disposición de la Oficina Fiscal N° 5». Para así resolver la jueza de la instancia anterior tuvo en consideración la declaración de la víctima R. M., del testigo R., del personal policial E. y B., así como la declaración de González Brizuela. También el informe y

los audios y desgrabados del CEO, los informes del EPI, Cuerpo Médico Forense y UDAPIF, junto a las declaraciones de diversos profesionales durante el debate, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

La defensa de González Brizuela interpone recurso de casación contra la sentencia de condena por entender que existen vicios in procedendo de conformidad con lo establecido por el art. 474 inc. 2 del CPP. En primer lugar, cuestiona la valoración probatoria expuesta en la sentencia. Asevera que no se ha resuelto de acuerdo a las normas de la sana crítica racional lo que viola la previsión del art. 206 del CPP y afecta el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. Critica que la sentencia entienda como mendaces los dichos del acusado durante la investigación penal preparatoria y el debate, sin explicar suficientemente las razones de esa conclusión. En particular, considera que su declaración respecto al momento en que se encontró con la policía y lo detuvieron coincide con las declaraciones del personal actuante y le otorga verosimilitud a sus expresiones. En relación con la declaración de la víctima la defensa la descalifica por diversas contradicciones en relación a cómo ocurrieron los hechos, cuántas veces el acusado concurrió al domicilio, las publicaciones realizadas en redes sociales el día del hecho, el lugar en el que se encontraba el arma con la que fue amenazada y su utilización. También advierte cuestiones relativas a la declaración del testigo que llamó al 911 respecto a cómo ocurrió el hecho que relata.

En función del cuestionamiento sobre la valoración de la prueba realizada por la sentenciante afirma que la calificación que correspondería aplicar al caso, de no proceder la absolución, es la de amenazas simples.

En segundo lugar, cuestiona el monto de la pena impuesta por considerarla excesiva y desproporcionada. Así, entiende que al proceder el cambio de calificación, de no ser acogida su pretensión de absolución, debe imponerse al acusado una pena de ocho meses de prisión en efectivo y declaración de reincidencia. Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en las presentes actuaciones a fs. 5/7 vta. y considera que el recurso procede desde el punto de vista formal.

Sin embargo, propicia el rechazo de la pretensión casatoria de la defensa.

Estima que la sentencia de instancia anterior no ostenta los vicios denunciados en el recurso defensivo, por lo que constituye una mera opinión divergente de esa parte procesal con los fundamentos expuestos por la jueza de la instancia anterior.

En particular, considera que la resolución judicial ha dado preeminencia al testimonio directo de la víctima junto a la prueba objetiva que lo sustenta, por lo que las contradicciones resaltadas por la defensa no resultan dirimentes al caso en cuestión.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Luego de analizar los agravios presentados por la defensa, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos, entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto de acuerdo a los argumentos expuestos a continuación.

De modo preliminar y en relación con las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narváez Videla**», «**Brancello Urbón**», «**Vega**» y «**Zurita**».

En particular, y como expuse en «**Ojeda Pérez**», comparto aquella concepción según la cual «[...] la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que

siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)». Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

En este sentido, en el **precedente «Brancello Urbón»** concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal.

En otro orden de ideas, en el **precedente «Zurita»** he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**).

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en **«Narvárez Videla»**).

Todas estas consideraciones resulta de aplicación al caso toda vez que la jueza de la instancia previa valoró todos los elementos de prueba de acuerdo con las pautas antes señaladas.

En lo que refiere al núcleo de la crítica casatoria, debo destacar que los argumentos que la componen son una reiteración de parte de los alegatos finales que fueron debidamente tratados por la magistrada de instancia anterior en la sentencia, sin aportar la defensa en esta instancia nuevos razonamientos que desvirtúen los fundamentos de aquélla.

La defensa plantea en el recurso dos líneas argumentativas diversas. La primera, centrada en cuestionamientos a la valoración probatoria de lo manifestado tanto por el acusado como por la víctima. Esto, a su modo de ver tiene trascendencia en la acreditación del hecho o, subsidiariamente, en su calificación legal. La segunda, relativa al monto de la pena impuesta por considerarla excesiva y desproporcionada.

En cuanto a la primera línea argumental relacionada con los cuestionamientos a la valoración probatoria de las declaraciones de González Brizuela y R. M., entiendo que no corresponde hacer lugar al planteo de la defensa.

Ello por cuanto la jueza de primera instancia correctamente contextualizó las expresiones del acusado y fundó sólidamente su conclusión acerca de que aquella versión no se encontraban respaldados en elemento probatorio alguno incorporado en el debate.

En este sentido, la jueza detalló que el acusado «[...] ha negado rotundamente el hecho que se le imputa, diciendo que la denuncia es falsa, se advierte que desde el primer momento de su declaración intenta descalificar a A. R., refiriendo que ella se alcoholiza porque tiene problemas de consumo, que lo ha castigado mucho con sus hijos, que ella mentía por venganza de que su actual pareja la dejó por su culpa».

A ello, la jueza agregó que «[t]odas estas circunstancias referidas por González no han sido acreditadas por ningún medio probatorio agregado a la causa, debiendo ser valorados sus dichos a la luz del examen psíquico que se le practicó, en el cual el profesional interviniente concluyó que el imputado presenta una deficitaria capacidad de autocrítica y reflexión, con tendencia a depositar la responsabilidad de los conflictos en el afuera, pudiendo tornarse impulsivo frente a situaciones de tensión o conflicto.

Por lo expuesto, entiendo que el relato de González Brizuela, más allá de que no ha sido corroborado en forma alguna por ninguna prueba de carácter objetiva, carece de credibilidad, niega los hechos investigados, diciendo que la denuncia es falsa, luego intenta desacreditar a la víctima, acomodando su relato con intención de ganancialidad, a fin de brindar una imagen positiva, como fue explicado por el Dr. Fernández».

Por otra parte, debe señalarse que los cuestionamientos defensivos contra declaraciones de la víctima de autos también fueron correctamente valorados y contestados en la sentencia en análisis.

La defensa alega falta de claridad en las manifestaciones de R. M., concluyendo su falta de veracidad. En este sentido, puntualiza las divergencias respecto a cuántas veces el acusado concurrió al domicilio de la víctima, su utilización de la red social Facebook, dónde se encontraba el caño de gas al momento en el arribó la policía y cuántas veces esta última asistió al domicilio de la víctima.

Como correctamente afirmó la jueza de instancia anterior «[...] tiene mayor fuerza convictiva la versión de los hechos expuesta por la víctima de autos, la Sra. A. L. R. M., habida cuenta que la misma es concordante con los demás elementos de prueba incorporados en el debate.

Considero que la declaración de R. presentada en la audiencia de debate coincide, en general, con lo dicho en la denuncia realizada por ella, el día posterior en sede judicial, así como también concuerda con lo manifestado ante el personal policial que se desplazó a su domicilio minutos después de ocurrido el hecho».

De las diversas exposiciones de la víctima surge que en lo estructural el relato que denuncia se mantuvo con claridad, sintetizado por la a quo en los siguientes términos: «[...] en el momento en que el encartado [se] puso agresivo debido a su excesivo consumo de alcohol, ella lo echó. Y que luego regresó en dos oportunidades, la primera de ellas cuando quiso hablar con sus hijos y ella no le permitió el ingreso al domicilio y la segunda, portando un caño de gas con el cual quería pegarle, logrando ella sacárselo y defenderse, que fue el momento en que también la empujó contra las rejas».

No le quita credibilidad alguna al hecho denunciado que en algunas ocasiones haya sido descripto con mayores detalles que en otras, debido a que mantuvo en lo central, en todas las instancias, las situaciones antes descriptas. Como bien ha tomado en consideración la magistrada sentenciante, las constancias extraídas de los desgrabados del CEO acreditan varios extremos de la declaración expuesta por la víctima.

Ello por cuanto y en relación con el hecho objeto del proceso se realizaron tres llamadas al CEO que denunciaron la presencia del acusado en el domicilio de la víctima (el día del hecho a las 22:27:15 hs., a las 22:34:06 hs. y 22:54:09 hs.).

En la primera la víctima afirmó que con el acusado habían tenido un mal entendido, que él había bebido vino y se había puesto agresivo por lo que le había pedido que se retirara del domicilio. En la segunda, dio cuenta que González Brizuela se encontraba en la puerta de su casa.

La tercera, esta vez efectuada por la hija mayor de la víctima de autos, ésta refirió «si a mi mamá le hubiesen pegado un fierrazo en la cabeza ahí si aparecen de toque, ¿O no?». En efecto, de lo señalado se desprende con claridad que los hechos amenazantes que refirió la víctima se relacionan con estas tres concurrencias del acusado a su domicilio.

No desacredita en forma alguna lo señalado que durante el día González Brizuela hubiera estado en la vivienda por el cumpleaños del hijo en común que poseen.

Del mismo modo no resulta procedente el cuestionamiento relativo a las publicaciones de Facebook que alega la defensa realizadas por la víctima también durante el día. Esto por cuanto no aporta ningún dato que contradiga los tres hechos de violencia denunciados por la víctima.

En relación con la existencia del caño de gas detallado por la víctima en el último acto de violencia descripto, debe señalarse que ella misma hizo mención ya en el procedimiento que le había quitado aquel caño al acusado y que con ese objeto se defendió.

Sobre esta cuestión, explica con claridad la jueza de instancia anterior que «[...] si bien la defensa cuestiona el hecho de que los uniformados no vieron el caño, ello encuentra sustento en la misma declaración de la víctima que refirió que luego del hecho sus hijos agarraron el caño y lo llevaron adentro

y que cuando realizó la denuncia se lo pidieron, lo buscó en su domicilio y lo aportó en la Oficina Fiscal, donde se procedió al secuestro».

Esta circunstancia también resultó acreditada del registro en la llamada efectuada al CEO por la hija de R. M., quien de forma espontánea hizo alusión a un «fierrazo».

En definitiva, y tal como lo destacara oportunamente la jueza de la instancia previa, desde un primer momento se mencionó la existencia del caño de gas como el objeto con el que González Brizuela amenazó a R. M.. En función de ello, el cambio de calificación solicitado por la defensa no puede ser de recibo en esta instancia.

En consecuencia, los cuestionamientos impetrados por la defensa en el recurso de casación entiendo que deben ser descartados, en tanto se encuentra suficientemente acreditada la existencia del hecho denunciado, su calificación jurídica y la autoría del encartado en el mismo.

En segundo lugar, y respecto de los agravios relativos al monto de pena por el que se condenó a González Brizuela, estimo que procede también su rechazo y, por ello, debe confirmarse la sentencia también este ámbito.

Con claridad la jueza de instancia anterior ha explicado las razones por las cuáles entendió que la pena de dos años y ocho meses resultaba la adecuada en el caso.

Así, distinguió entre circunstancias objetivas y subjetivas de análisis. Respecto a las primeras manifestó que el marco legal fijado configura una escala punitiva de gravedad continua que pretende abarcar desde los supuestos más leves comprendidos por el tipo penal hasta los más graves.

Que en este sentido, la escala puede dividirse en tres segmentos: el inferior para los casos más leves, el medio para los intermedios y el superior para los hechos de máxima gravedad que comprende de los dos años y cuatro meses a los tres años de prisión.

De acuerdo con esta línea teórica, explicó que los sucesos atribuidos al acusado debían ser encuadradas en el segmento de gravedad superior.

Ello en tanto el hecho imputado –amenazas agravadas por el uso de arma– fue perpetrado en un contexto de violencia de género y en presencia de los hijos menores de edad de ambos y lo de la víctima.

En el caso de autos el contexto de violencia de género no tiene implicancia directa en la figura penal atribuida, sin embargo influye en la medición de la pena debido a que demuestra la gravedad del hecho por el que ha sido condenado González Brizuela.

A su vez, al analizar las condiciones subjetivas, tomó en consideración que al momento del dictado de la sentencia de condena el acusado tenía 47 años de edad y sus estudios primarios completos, lo que le permitió afirmar que aquél poseía madurez y comprensión suficiente para comprender con claridad las conductas realizadas. También mencionó los antecedentes penales que poseía. A su vez, como atenuante argumentó las carencias culturales y económicas de González Brizuela.

Respecto a la modalidad de cumplimiento, la jueza estimó que la pena debía ser de cumplimiento efectivo debido a que el acusado registraba condenas anteriores, siendo la última ya de cumplimiento efectivo. Por ello, declaró al acusado reincidente.

Conforme a lo señalado estimo que el agravio expresado por la defensa respecto a que la pena resulta excesiva no tiene entidad para desvirtuar los argumentos expuestos en la sentencia de condena para justificar la pena impuesta.

Por ello, debe ser descartado. En consecuencia, al considerar que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, según la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Empero entiendo pertinente remitir respecto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos de este Máximo Tribunal (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Adrián González Brizuela en las presentes actuaciones.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO DR. MARIO D. ADARO Ministro Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

20- GONZALEZ RICARDO. 09-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcGR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples. Concurso real. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año y tres meses de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género.

La **defensa** interpone recurso de casación. Alega que en la sentencia casada se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido y convalidación de la sentencia impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6858, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Basualdo Reyes 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Cruz Caporiccio.17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- LS 518-519; 480-169

Doctrina citada.

Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación Ministerio Público Fiscal. (2016).

Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, párrafo 132. CIDH. (2015).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05513443-4/1((018502-775820)) F C/ GONZALEZ RICARDO P/ AMENAZAS EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES CALIFICADAS (775820) (775820/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105694650*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05513443-4/1 caratulada “F. C/ GONZÁLEZ RICARDO P/ AMENAZAS EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES CALIFICADAS (775.820) (775.820/19) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa del imputado Ricardo Jesús González Sosa interpone recurso de casación registrado en soporte digital, contra la sentencia N° 6.858 que lo condena a la pena de un (1) año y tres (3) meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género previsto y sancionado por los arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto, art. 92 en función del 89 y 80 inc. 1° y 11° del código penal; y art. 4 de la Ley 26.485 que se le atribuye en la causa N° P-775.820/19 (art. 5, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal; 415, 557, 560 y conc. del CPP).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La sentencia recurrida por la defensa tuvo por acreditado que el día 29 de noviembre de 2019, a las 10:00 hs aproximadamente, cuando la Sra. M. J. R. se encontraba afuera de la despensa de su progenitora, Sra. L. M. V., sita en calle ... de G..., «discutiendo con su expareja Ricardo González quien la agredía verbalmente diciéndole que “era una loca y una puta”, y golpeándola súbitamente con su cabeza en el rostro, exigiéndole que le muestre su teléfono celular.

Acto seguido R. le entregó el mismo, y continuaron discutiendo en el interior del local y en un momento dado, González le arrojó un vaso de plástico, impactando nuevamente en el rostro de aquella y manifestándole, “te voy a matar”. Inmediatamente, M. V. salió en defensa de su hija, por lo que González le manifestó “a usted también la voy a matar”, para luego retirarse del lugar». Como consecuencia de los golpes de González, la Sra. R. presentó lesiones en el brazo izquierdo y en el brazo derecho que fueron informadas en el examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense, (considerando I). Concluida la audiencia de debate y los alegatos de las partes, se procedió a dictar sentencia. La juzgadora valoró

pruebas relevantes tales como el acta de procedimiento, declaraciones de M. J. R. y de L. M. V., examen psíquico del Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.), examen físico por el Cuerpo Médico Forense (C.M.F.), declaración indagatoria de González Sosa, examen psíquico realizado por el C.M.F., entre otras.

En base a ello, la sentenciante afirma que se ha probado con certeza la autoría del Sr. González Sosa respecto del delito de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con el delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia mencionada y lo funda en los dos incisos previstos en artículo 474 del C.P.P.

Alega que en la sentencia casada se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva al condenar a González Sosa por los delitos de amenazas simples (dos hechos), en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y por violencia de género, al entender que la juzgadora se apartó de la audiencia de debate y del sistema de la sana crítica racional, remitiéndose en forma reiterada a las actuaciones llevadas a cabo inicialmente por el Ministerio Público Fiscal.

Esgrime que según las declaraciones de la Sras. M.R. y L. V., la discusión se originó entre la Sra. R. y el encausado –quienes fueron pareja y tienen hijos en común– por un teléfono celular y su bloqueo, pero que no hubo un conflicto violento ni riesgo para la Sra. R. ni para la Sra. V. durante el episodio, ni el imputado las amenazó de muerte.

Expresa que González Sosa reconoció en la declaración indagatoria, que llegó enojado y muy alterado al negocio donde estaban las Sras. R. y V., porque lo había bloqueado en el teléfono y ello le impedía comunicarse con sus hijos, y que no hubo un estado de celos de su parte por una supuesta comunicación de la Sra. R. con otro hombre.

Expone que en relación al delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género, deben tenerse presente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido en fecha 29/11/2019 en el negocio en calle ... de ..., Mendoza. Indica que no se han acreditado las lesiones en la cabeza con un casco ni en la cara con un vaso de plástico, por lo que sólo corresponde analizar las presentadas en los brazos de la Sra. R. informadas por el Cuerpo Médico Forense (C.M.F.).

En cuanto a estas últimas lesiones, señala que la Sra. R. no manifestó en la audiencia de debate que González Sosa la haya golpeado en los brazos, y que incluso expuso que no fue por un forcejeo, sino porque ella lo agarró de los brazos para que no se fuera y que él intentaba «zafarse para partir del lugar».

Alega la defensa que no se demostró la existencia del dolo de dañar por parte del imputado al momento de la discusión, y descarta el contexto de género porque no se ha probado lo que se conoce como ciclo de victimización, ni el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades.

También se agravia porque se han inobservado las normas procesales, especialmente lo dispuesto por los artículos 206 y 416 inciso 4° del CPP.

Al respecto, esgrime que existe una grave y errónea apreciación de la percepción de los elementos de pruebas de la causa, porque la sentenciante no cuenta con ninguna prueba sólida y objetiva, que le permita calificar con certeza los hechos como delitos de amenazas y de lesiones dolosas agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género.

Relacionado con ello, expone que se omitió meritar la declaración indagatoria del imputado y las declaraciones testimoniales de las de las Sras. M. R. y L. V. prestadas en la audiencia de debate. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General emite opinión sobre el rechazo del recurso de casación interpuesto y la convalidación de la sentencia impugnada.

En tal sentido expone que la juzgadora efectuó un análisis global y en conjunto de toda la prueba rendida en autos, tanto la incorporada como la recibida en la audiencia de debate, y que ha ponderado el relato de la Sra. R. y de su progenitora en la instrucción y en el debate.

Agrega que la versión aportada por la Sra. R. en la investigación inicial se sustenta en prueba objetiva como es el informe del C.M.F. y el acta de visu, y la brindada en la audiencia de debate en la que minimizó los hechos para que el imputado quedara «en libertad», las que no fueron valoradas como antagónicas por la sentenciante (fs. 8).

Afirma que de la lectura de los fundamentos de la sentencia, surge con claridad que la juzgadora tuvo los elementos de convicción necesaria para arribar a la certeza requerida para condenar al causante, por lo que en su criterio el recurso refleja la disconformidad del quejoso en su legítimo ejercicio de defensa con respecto a la interpretación del plexo probatorio dada por la sentenciante (fs. 8 vta.).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, aquélla no resulta procedente.

En primer lugar, abordaré la revisión de las argumentaciones de los cuestionamientos de la valoración de las pruebas en que la sentenciante basa su decisión, en razón de que la defensa hace referencia a la falta de aplicación del sistema de la sana crítica racional (art. 206 del C.P.P.), tanto en el motivo sustancial como en el procesal invocados y previstos en el artículo 474 del C.P.P.

1. En cuanto al sistema de valoración de las pruebas incorporadas por lectura y recibidas en la audiencia de debate, surge de la fundamentación de la sentencia, que se han ponderado según el sistema de la sana crítica racional y desde «la perspectiva de género que debe existir en el caso traído a juzgamiento, siendo que la relación desigual de poder entre González y R. pudo corroborarse por los profesionales del Equipo Profesional Interdisciplinario, quienes informaron, entre otras conclusiones que será referidas infra, “que la pareja ha registrado reiteradas separaciones y reconciliaciones, ello bajo promesas de cambio y arrepentimiento por parte del varón”».

En primer término, la sentenciante le atribuyó credibilidad a la versión aportada por la Sra. R. en la audiencia de debate.

En efecto, aquélla manifestó que salió afuera del local de su progenitora –Sra. L. M. V.– porque el encausado arribó enojado y generó una discusión por celos, la insultó diciéndole «puta» porque se escribía con otros hombres, y le exigió que le entregara el celular porque lo había bloqueado el día anterior.

Este relato se corroboró con la declaración de la Sra. V. (ver registros audiovisuales de la audiencia de debate, parte II, a partir minuto 09:59 y de la parte III a partir minuto 09:35).

Por ello, la juzgadora consideró mendaz la versión de González Sosa en relación al motivo por el cual llegó enojado y nervioso al local de la Sra. V., cuando manifestó que el bloqueo del celular le impedía comunicarse con los hijos, pues, al comenzar su deposición espontáneamente expuso que el hermano de la Sra. R. le había dicho que se escribía con otros hombres y lo había bloqueado en el teléfono.

Asimismo, la versión aportada por la Sra. R. en coincidencia con lo declarado por la Sra. V., fue respaldada en la sentencia con el informe psíquico del **E.P.I.** realizado en fecha 29/11/2019, que informó: «... Se detectan patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, consistente en impedimentos de mantener relaciones de amistad, control continuo de sus movimientos, redes sociales, en tal sentido se evalúa que la examinada se ha asilado progresivamente de sus amistades, a ello se agregan acusaciones recurrentes de infidelidad, insultos como forma de comunicación corriente y asociado a recriminaciones por celos».

En cuanto a las lesiones denunciadas por la Sra. R. en fecha 29/11/2019, ante contradicciones de su declaración en la audiencia de debate y falta de recuerdo, en la sentencia se expone que la Sra. Fiscal dio lectura al acta respectiva conforme lo autoriza el artículo **400 inciso 2º del C.P.P.** para ayudar la memoria de la testigo.

Conforme a ello, la Sra. Fiscal le realizó preguntas respecto de los golpes en el rostro, con el vaso en la cara y los moretones en los brazos, a las que respondió: «... él tenía un casco puesto, me pedía el celular y yo le decía que no, que era mío el celular, y de repente se hizo para adelante y bueno me golpeaba en la frente con la cabeza con el casco ... fue un golpe para adelante como pechando» (ver registro audiovisual, parte II, minuto 11:53); «... cuando estábamos discutiendo y estaba atrás de la vitrina y él estaba de aquel lado y en eso me tiró un vaso de plástico ... y me pegó en la cara» (a partir del minuto 15:25); «él me agarra de los brazos y me deja marcada» (minuto 17:07); «quiero que se resuelva todo bien, que pueda seguir donde está, que pueda salir bien, porque es el papá de mis hijos, y ha cambiado bastante, hubo amenazas de muerte, y que si realmente él hubiera querido hacerme daño, matarme, algo, tuvo oportunidades ... nos llevamos mejor por los chicos» (minuto 18:05), «me dijo que me iba a matar a mi y a mi mamá» (minuto 23:24).

En base al relato de la Sra. R. en la denuncia de fecha 29/11/2019 y la declaración en la audiencia de debate, la sentenciante sostuvo que la Sra. R. «afirmó que el encartado la había agarrado fuerte de los brazos y que producto de ello le salieron moretones».

Asimismo, la juzgadora corroboró las declaraciones de la Sra. R. con las brindadas por la Sra. V. en la instrucción y en la audiencia de debate, cuando vio que González Sosa le pegó un «cabezazo» a su hija y también vio que le tiró un vaso en la cara.

En cuanto a las lesiones de la Sra. R. en los brazos, se consigna en el fallo en revisión, que la Sra. Fiscal en la audiencia le marcó contradicciones cuando manifestó no recordar haber visto a su hija lesionada en los brazos, porque en su primera declaración expuso: «vi que tenía hinchado el rostro, en la nariz un poquito, porque Ricardo le pegó, un cabezazo, y le vi moretones en uno de los brazos, pero por los nervios no puedo decir cómo se le provocaron esas lesiones, no lo ví» (fs. 37 vta.).

Al respecto, según consta en la parte III del registro audiovisual, la Sra. V. declaró ante preguntas realizadas por la Sra. Fiscal: «veo que él le tira el vaso a la Sra. R.» (minuto 12:04); «veo que le pega un cabezazo en la cara [a la Sra. R.]» (minuto 12:33), «le dijo a mi hija que la va a matar y a Ud. también la voy a matar» (minuto 13:08); «Ricardo tiró el celular antes que se vaya, lo levantó y se fue, se lo llevó» (minuto 18:00); «queremos que esté en libertad por mis nietos porque extrañan mucho a su papá» (minuto 19:50).

En base a las declaraciones referidas, las lesiones en los brazos de la Sra. R. constatadas con el acta de visu incorporada a fs. 08 y en el examen físico de fecha 29/11/2019 realizado por la perito ... del C.M.F., la juzgadora considera probado que los moretones en los brazos los ocasionó el encausado al agarrarla con fuerza de los brazos.

Cabe señalar que en el examen físico citado se informan dos hematomas violáceos en el brazo derecho y un hematoma violáceo en el brazo izquierdo, y que se dejó constancia en el punto «Antecedente», que «relata la causante que en el día de la fecha la agrede físicamente su pareja (golpes con la cabeza, le arroja objetos, golpes de puño)».

Además, las amenazas proferidas a la Sra. R. y a la Sra. V., se acreditaron en la sentencia con las declaraciones que prestaron en la audiencia de debate y el contenido del acta de procedimiento agregada a fs. 01, en la que se consigna la entrevista mantenida por el funcionario y la funcionaria de policía con la Sra. R., quien les manifestó que González Sosa la había insultado, le había dado un golpe en la cabeza, le había tirado un vaso y la había amenazado con matarla.

También se dejó constancia que la Sra. V. manifestó que fue amenazada de muerte por González Sosa si lo denunciaban. Ahora bien, el contexto de violencia de género ha sido probado con el examen psíquico realizado por el E.P.I., que estimó un riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «MODERADO».

Entre otros aspectos, en el punto F) se informa que la Sra. R. «describe episodios de agresiones físicas consistente en cachetones, empujones, golpe de puño, patadas y un hecho en que el denunciado la golpeó con un casco.

Las circunstancias actuales muestran que el denunciado se ha hecho presente en el negocio donde trabaja la examinada y en dicho lugar ha producido insultos, recriminaciones por celos y acusaciones de infidelidad a la examinada, a ello se agrega que le solicitó su teléfono para ejercer control sobre ésta y posteriormente arrojar el mismo a la calle, ello en el marco de un estado de descontrol y agresividad.

Surge que se produjeron forcejeos y amenazas de muerte tanto a su persona como a su progenitora, quien a su vez también presenció los hechos acontecidos y dio intervención a la policía Se detectan patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer, consistente en impedimentos de mantener relaciones de amistad, control continuo de sus movimientos, redes sociales, en tal sentido se evalúa que la examinada se ha aislado progresivamente de sus amistades, a ello se agregan acusaciones recurrentes de infidelidad, insultos como forma de comunicación corriente y asociado a recriminaciones por celos».

La prueba referida ha sido ponderada en forma integrada con el examen psíquico realizado al Sr. González Sosa, que informa características de su personalidad tendientes a desarrollar conductas agresivas y hostiles, como las que tuvo el día de los hechos hacia la Sra. R. y la Sra. V., como consecuencia del mal manejo de sus impulsos, los celos, control y dominio hacia la Sra. R. que en este caso se concretó a través

de la inspección y apoderamiento del teléfono celular, a través de insultos, amenazas y ocasionándole lesiones.

En la sentencia también se ha merituado la declaración de la Sra. R. en la audiencia de debate en relación a episodios anteriores de celos y violencias con su pareja.

En tal sentido la juzgadora expresa que si bien la Sra. R. manifestó que no podía recordar el hecho acontecido una semana anterior denunciado en fecha 29/11/2019, de la lectura de la denuncia por la representante del Ministerio Público se desprende que relató un episodio «... en el cual habían discutido también por celos de él y él le había pegado trompadas en la cara y en el brazo izquierdo y en la cabeza le había pegado con el casco de la moto» (ver sentencia, penúltimo párrafo de la primera cuestión).

De modo entonces que en la sentencia en casación se han merituado tanto las declaraciones brindadas en la audiencia de debate por parte de González Sosa, de la Sra. R. y de la Sra. V., como las pruebas obtenidas durante la etapa de instrucción, tales como el acta de procedimiento de fs. 01, la denuncia de fecha 29/11/2019, la declaración testimonial brindada por la Sra. V. de fecha 29/11/2019, el examen psíquico y el examen médico de fechas 29/11/2019 realizados a la Sra. R., el examen psíquico realizado a González Sosa en fecha 08/09/2020 por el C.M.F. y el acta de visu agregada a fs. 08 del Expte. P-775.820/2019, efectuada en la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género.

Sentado lo que antecede, es en base a un proceso valorativo integrado de las probanzas ponderadas dentro del sistema de sana crítica y el enfoque de género, que la sentenciante considera que González Sosa tuvo el día del hecho «conductas agresivas y hostiles» para con la Sra. R. y su madre, «producto de un inadecuado manejo de sus impulsos», a raíz de los celos y deseos de control y dominio hacia la Sra. R. a través de la inspección de su teléfono celular.

En lo relativo a la valoración de la prueba en contextos de género, en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Basualdo Reyes**», entre otros– he afirmado que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional a partir de la Ley 26.485, «ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima».

Específicamente, en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género –como acontece en la situación de la Sra. R.–, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), ha sostenido que «... la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo).

Ha sostenido también que «[...] existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo.

El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad.

El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Cabe subrayar también que en investigaciones y juzgamientos de hechos de violencias de parejas, la presencia del carácter cíclico de los mismos, torna de relevancia la valoración integrada con perspectiva de género de las declaraciones durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, exámenes físicos y psíquicos realizados a la denunciante y denunciado, y medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores, como aconteció en el caso en revisión (cfr. Ministerio Público Fiscal. (2016). Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación).

Dicho esto, no debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género, como ocurrió en la situación de la Sra. R. y según se observa en la segunda parte del registro audiovisual de la audiencia de debate.

Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciantes al momento de recordar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad.

Así pues, como se destaca en la sentencia y surge de los registros audiovisuales de la audiencia oral, tanto la Sra. R. como la Sra. V. «acomodaron» sus declaraciones en la audiencia de debate al momento de responder preguntas por la Sra. Fiscal en cuanto a las lesiones y amenazas de muerte denunciadas, y manifestaron que querían que el causante recuperara la libertad porque sus hijos lo extrañaban (ver registro audiovisual, parte II, a partir del minuto 18:05 y parte III, a partir del minuto 19:38).

Cabe señalar también, que la juzgadora al abordar la segunda cuestión de los fundamentos de la sentencia, afirma que se demostró en el juicio que González Sosa tomó con fuerza a la Sra. R. de los brazos y le ocasionó voluntariamente las lesiones constatadas, como también le dijo «te voy a matar», y a la Sra. V. le dijo «a Ud. también la voy a matar».

Se argumenta en el fallo en revisión, que existió un estado de alarma, de temor y de comprensión del contenido de las amenazas, porque la Sra. R. se presentó en el C.M.F. para la constatación de las lesiones, y en el Juzgado de Familia donde solicitó medidas judiciales de protección de derechos que le fueron otorgadas (ver audiencia de debate en registro audiovisual, parte II, a partir del minuto 40:09).

También se consigna que la Auxiliar Primero PP que intervino en el hecho y entrevistó a la Sra. R. y a la Sra. V., declaró en la audiencia de debate que «estaba muy asustada ella y la madre» (ver registro audiovisual, parte I, a partir minuto 20:55), y que el personal que tomó la denuncia dejó constancia que la Sra. R. «rompe en llanto» (ver acta de denuncia de fecha 29/11/2019).

Entiendo que las pruebas referidas, como ya dije, han sido valoradas dentro del sistema de la sana crítica racional y enfoque de género, junto con las declaraciones de la Sra. R. y de la Sra. V. en la audiencia de debate, realizada un año después de ocurridos los hechos, en la que la juzgadora percibió que tuvieron la intención de beneficiar al encausado al ser interrogadas por la representante del Ministerio Público,

cuando explicaron que no sentían miedo porque el Sr. González Sosa no les hizo daño después de haberlas amenazado de muerte.

Considero también aplicable en este segmento de la sentencia, la jurisprudencia de este Tribunal en el **caso «Cruz Caporiccio»** según la cual «en un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

De modo entonces, según las pruebas ponderadas en la sentencia, por una parte se ha demostrado una modalidad asimétrica de vinculación de pareja entre la Sra. R. y el Sr. González Sosa, en la que la Sra. R. adoptó «actitudes de sumisión y obediencia como modos de controlar la emergencia de conflicto y de agresiones»; mientras que el Sr. González Sosa adoptó «una posición superior, de control y dominio de la relación, en forma predominante ello está asociado a celos intensos y conductas controladoras» (cfr. informe psíquico del E.P.I. citado), y se le observó «una personalidad con baja tolerancia a la frustración, que busca satisfacer sus necesidades en forma inmediata, inadecuado manejo de sus impulsos, puede tener conductas agresivas y hostiles» (cfr. Informe psíquico del C.M.F.).

Por otra parte, advierto que la Sra. Jueza ha considerado inaplicable la argumentación de la defensa en cuanto las amenazas se profirieron en una «discusión acalorada». En efecto, en la sentencia se acreditó que González Sosa arribó al local donde estaba la Sra. R. con su madre y generó una discusión de pareja por celos porque estaban peleados y ella se escribía con otros hombres, la insultó exigiéndole la entrega del teléfono celular como medio de control y dominio hacia su persona, la golpeó en la frente, le tiró un vaso en la cara, la tomó con fuerza de sus brazos, la amenazó de muerte y a su madre, y una vez que tuvo en su poder el teléfono celular, lo tiró al piso y se retiró llevándose.

Asimismo, la sentenciante expone argumentaciones de su discrepancia con el defensor cuando refirió «que los celos demuestran interés en una pareja, como una justificación de la conducta del imputado».

Así, por aplicación de la sana crítica racional y la perspectiva de género, en el fallo en revisión se expresa «... el interés no se demuestra con control y dominio de la otra persona en una relación de pareja y que de ninguna manera puede la conducta de González encontrar una justificación tal, habida cuenta que la misma se basa en patrones socio-culturales que tanto se ansía erradicar a fin de eliminar por completo la discriminación y la violencia hacia las mujeres».

En relación con los fundamentos transcritos de la sentencia, entiendo aplicable el marco convencional y legal vigente en el país y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de estereotipos de género. Éstos son definidos como «patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienden a: 1) perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a

varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas» (art. 2º inciso e) del Dec. Regl. Nº 1011/2010 de la Ley 26.485).

En razón que constituyen una de las causas de las desigualdades estructurales y violencias contra mujeres, los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para modificar «patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5 inciso a) de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (**CEDAW**), cfr. Convención de Belém do Pará, art. 6 inciso b).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que dentro de los estándares internacionales de derechos humanos vinculados con la igualdad de género y los derechos de las mujeres, en particular relacionados con violencias y discriminaciones contra mujeres, la obligación de debida diligencia para ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna, implica también la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir en la labor de fiscales y jueces/zas (**CIDH. (2015). Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, párrafo 132**).

De acuerdo a lo expresado, entiendo que la jurisprudencia y Recomendación del MESECVI mencionadas se han aplicado en el proceso valorativo de las pruebas incorporadas y recibidas en la audiencia de debate, de acuerdo al sistema de la sana crítica racional y estándares internacionales y nacionales en materia de violencias contra mujeres, por lo que los agravios no pueden prosperar.

2. Ahora bien, en relación a los agravios expuestos por errónea interpretación y aplicación de la ley penal sustantiva, anticipo que también deben desestimarse por los argumentos que a continuación expondré. Por un lado, entiendo que la defensa hace referencia a cuestiones que se vinculan con la valoración de las pruebas, al fundar el motivo sustancial en ausencia de valoración de la indagatoria del imputado y testimoniales, argumentaciones que se corresponden con el motivo de procedimiento abordado en el punto anterior, (cfr. LS 518-519; 480-169; entre otros).

Por otra parte, en cuanto al delito de lesiones leves agravadas por mediar relación de pareja y violencia de género, advierto que las argumentaciones relativas al elemento objetivo y subjetivo del ilícito han sido consignadas con claridad y motivación suficiente en la sentencia.

Especialmente, en relación a la voluntad del encausado de lesionar a quien era su pareja y en contexto de género, en diversos momentos durante la discusión que originó por celos intensos y una conducta controladora dominante, cuando arribó enojado al local a exigirle la entrega del teléfono celular hasta lograr su cometido.

De modo entonces que los agravios relativos al motivo sustancial también deben rechazarse, porque la defensa a partir de una interpretación diversa de pruebas recibidas en la audiencia de debate y sin integrarlas con las producidas en la instrucción preparatoria e incorporadas al debate, pretende minimizar la conducta del Sr. González Sosa para descontextualizarla de la relación de pareja y del enfoque de género.

Por tanto y sentado cuanto precede, me pronuncio por la confirmación de la sentencia casada y el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De lo expuesto considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”;** entre otros).

En especial en “Ojeda Pérez” sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

Sostuve también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así,«... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16).

Ahora bien, «... además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «... el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacué en el **precedente “Vázquez Tumbarello”**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia
RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor Ricardo Jesús González Sosa.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal planteado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo V.

Delitos contra la propiedad.

Robos y Hurtos.

CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.

1- RODRIGUEZ CEJAS y ot.. 08-02-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	AI	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=466>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1 párrafo., 1 supuesto, 10 del CP. Art. 298; 474 inc. 1 y 2 y 475 del CPP. Art. 32 y 33 de la Ley 24660 y art. 48 de la Ley 8645.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Prisión Domiciliaria. Acuerdo Institucional. Valoración de la Prueba. Vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad y pro homine. Inobservancia del principio del debido proceso penal. Credibilidad de testimonios. Insuficiencia en la controversia de la prueba de cargo.

Summa:

El **TPC** condenó a R.G.M. y a R.I. a la pena de **cinco años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y denegó respecto de R.G.M. la prisión domiciliaria.

La **defensa técnica** del encartado R.G.M. interpuso recurso de casación indicando que existió en la sentencia vicios in procedendo, toda vez que se pronunció vulnerando los principios del debido proceso penal respecto del incidente denegatorio de la prisión domiciliaria, y que adolece de vicios in iudicando, ya que la figura penal bajo la cual se subsumió el hecho carece de fundamentos. Considera que no están probados los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal acusada. Hizo expresa reserva del caso Federal.

El **Procurador** sostuvo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado, toda vez que implicó que se trataba de una reedición de todo lo sucedido en el debate. Y respecto del recurso casatorio presentado en el marco del incidente de prisión domiciliaria que debía ser formalmente rechazado, por que la resolución casada no se encontraba entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R.G.M. en contra de la Sentencia en cuestión así como el auto N° 463, dictado en el marco del incidente de prisión domiciliaria. Tuvo presente la reserva federal efectuada e impuso las costas a la vencida y difirió la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Resolución cuestionada: Sentencia N°1738 y Auto N° 463, pronunciada por el TPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a- CSJN

- 307:359

- 310:1835
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarTomoPagina.html?tomo=310&pagina=1835>
- 311:358
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=797>
- 314:791
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2978>

b-SCJM

- Caccia Barrionuevo. 26-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221226_FcCBJ.pdf

Parágrafos destacados:

“Sobre este aspecto, se advierte que el recurrente tan sólo se limita a sugerir que los elementos de cargo ofrecidos en el debate no logran soportar la hipótesis acusatoria, pero no da precisión alguna capaz de explicar por qué ello es así. El tribunal de sentencia, por su lado, dio suficientes motivos para sostener cómo la prueba incorporada nutría el grado de credibilidad del testimonio de la víctima.”

“En principio, conviene dejar sentado que este Tribunal ha señalado, respecto de resoluciones que restringen la libertad, que si bien no se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 475 del CPP, cabe equipararlas a sentencia definitiva por cuanto son susceptibles de provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior (ver causa «Caccia Barrionuevo»). “

En este sentido también se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto que sostuvo que «[...] la decisión de restringir la libertad de los imputados antes del pronunciamiento final de la causa es equiparable a sentencia definitiva en razón de que podría ocasionar un perjuicio imposible de reparar [...]» (ver Fallos 307:359; 310:1835; 311:358; 314: 791, entre otros).”

“Sentado ello, y en atención a que la resolución cuestionada implica la no concesión de una medida menos gravosa en el cumplimiento de la prisión preventiva ordenada, ella resulta equiparable a las resoluciones definitivas y, en consecuencia, susceptible de ser revisada por la vía casatoria.”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05339179-0/1((038601-712861)) FC/ RODRIGUEZ IGNACIO, MARTINEZ RAMIRO GABRIEL P ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105508516*

En Mendoza, a los ocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05339179-0/1“F. C/RODRÍGUEZ IGNACIO, MARTÍNEZ RAMIRO GABRIEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA P/ REC. EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Ramiro Gabriel Martínez Escudero interpone recurso de casación (fs. 427/432 vta.) contra la sentencia N° 1738 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción y sus fundamentos (fs. 386/387, fs. 389/404 respectivamente).

Ello en tanto que, por su intermedio, condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma que se le atribuye en la causa N° P-712861/19.

Asimismo, en el marco del incidente agregado a los autos mencionados, la defensa interpone recurso de casación contra el auto dictado por el mismo tribunal, en tanto que por su intermedio se rechazó el pedido de prisión domiciliaria impulsado en interés del acusado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Las resoluciones recurridas

a. Autos N° P-712.861/1

En el marco del expediente de mención, el tribunal de instancia previa tuvo por acreditada la plataforma fáctica endilgada al acusado.

Esta es, que «el día 16 de mayo de 2019, siendo aproximadamente la hora catorce, en momentos en que la víctima Agustín Enrique Peña Soto, caminaba por calle Serradilla s/n de Alto Verde, San Martín, Mendoza, Ignacio Rodríguez Cejas, detuvo la marcha del vehículo automotor marca Chevrolet modelo Meriva de color gris oscuro, dominio KEG 782, en el que se conducía en compañía de Ramiro Gabriel Martínez, éste último descendió y exhibiéndole un cuchillo, le dijo “dame el teléfono”, y ante resistencia opuesta por la víctima, la hizo caer al suelo, le apoyó el cuchillo en el cuello y le sustrajo el teléfono [...], tras lo cual se dieron a la fuga con la res furtiva en su poder» (ver fundamentos, fs. 395 vta.).

Para decidir de esta manera, el tribunal valoró, fundamentalmente, los testimonios de Agustín Peña Soto, Ceferino Villarreal, Fabián Atilio Bermejo, Milton Mamani Mallón y Jonathan Contreras.

Asimismo, la declaración de los acusados Ignacio Rodríguez y Ramiro Martínez, y diversa prueba instrumental incorporada.

b. Incidente de prisión domiciliaria en autos N° 712.861/19

Con motivo del incidente iniciado por la defensa de Ramiro Martínez, tendiente a conseguir el beneficio de la prisión domiciliaria, el tribunal de instancia previa consideró que **no podía hacerse lugar a la solicitud pues, según su análisis de las actuaciones, no había cesado la magnitud del peligro procesal y no existían elementos capaces de mermar la presunción de culpabilidad** que pesa sobre Ramírez.

Indicó, entre otros argumentos, que el acusado no se encontraba **en un grupo de riesgo** que demandase la adopción de medidas alternativas a la privación preventiva de libertad en la Penitenciaría Provincial, frente al contexto sanitario vigente por la propagación del virus Covid-19.

Asimismo, entendió que, contrariamente a lo sugerido por la defensa, **no se encontraba acreditada la capacidad del acusado para colaborar con el cuidado de familiares necesitados de asistencia** o con la labor comercial de su madre; y, que tampoco estaba comprometida la seguridad del acusado dentro del establecimiento, por agresiones cometidas en su contra.

Asimismo, consideró que, a la luz de la normativa aplicable (art. 298 del CPP, art. 10 del CP; arts. 32 y 33 de la ley 24.660, art. 48 de la ley provincial 8.645) y de los principios de **igualdad, proporcionalidad y pro homine**, el acusado Ramírez no cumplía con los requisitos para acceder a la medida solicitada (ver fs. 50/59 del incidente agregado).

II.- Los recursos de casación de la defensa

a. Autos N° P-712.861/19

La defensa de Ramiro Gabriel Martínez interpone su pretensión recursiva en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP, pues, según afirma, la sentencia criticada carece de una motivación suficiente capaz de soportar la calificación legal aplicada al caso.

Considera que el tribunal valoró de manera inadecuada el **testimonio de Yanina Peralta, pareja del acusado** en el momento del hecho. Resalta que, según la testigo, el denunciante manifestó que había sido agredido por el acusado, que éste le había roto el celular, y que el denunciante se lo mostró momentos después del hecho. Entiende que este medio de prueba desvirtúa la plataforma fáctica controvertida.

Al respecto, indica que el tribunal se limitó a señalar que **lo dicho por la testigo era improbable, en el sentido de que otros testimonios y el informe del CEO daban cuenta de la sustracción del teléfono**, y denuncia que ello fue arbitrario, pues tales elementos probatorios no apoyaban la valoración del a quo.

En este sentido, señala que no existe prueba capaz de controvertir la declaración de Peralta y que, a partir de dicha valoración inadecuada, la figura penal bajo la cual se subsumió el hecho carece de fundamentos. Considera que **no están probados los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal acusada**.

Expresa reserva del caso federal.

b. Incidente de prisión domiciliaria en autos N° 712.861/19

La parte recurrente considera que el rechazo de la solicitud formulada en favor del acusado contiene vicios in procedendo (art. 472 inc. 2).

Luego de realizar consideraciones relativas a la admisibilidad formal del recurso de casación formulado, señala que la **vista evacuada por el Ministerio Público Fiscal es nula**, toda vez que el órgano acusador no se expidió acerca de todos los planteos formulados por la defensa.

Así, por un lado, indica que puede considerarse que, debido a la falta de una vista evacuada correctamente, el juzgador no ha podido resolver correctamente la pretensión formulada por la defensa y, por ello, debe hacerle lugar.

Por otro lado, sostiene que la omisión de la acusación pública puede considerarse como un consentimiento tácito frente al pedido de la defensa, razón por la cual, atento a la falta de controversia, el juzgador debió acceder al mismo.

Con lo anterior, indica que el tribunal a quo se ha pronunciado **vulnerando el debido proceso penal**, pues, **en contradicción con los principios de imparcialidad y acusatorio**, negó la solicitud de prisión domiciliaria **sin atender a la falta de oposición fiscal respecto de los argumentos defensivos**.

De este modo, destaca pasajes de la resolución criticada y señala que el tribunal excedió sus funciones toda vez que, alejándose de los criterios controvertidos, formuló sus propias hipótesis y **produjo prueba no solicitada** por ninguna de las partes.

Formula reserva del caso federal.

III.- Los dictámenes del señor Procurador General

Luego de exponer los agravios de la defensa, en el marco del recurso formulado contra la sentencia condenatoria de Ramiro Martínez, el Procurador General sostiene que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado, toda vez que implica, en esencia, una reedición de todo lo sucedido en el debate.

Asimismo, respecto del recurso casatorio presentado en el marco del incidente de prisión domiciliaria, el Procurador General indica que la presentación defensiva debe ser formalmente rechazada.

Ello, puesto que la resolución casada no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

a. Autos N° P-712.861/19

Puesto a resolver el recurso formulado en el marco de estos autos, considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

El punto central en la presentación recursiva puede resumirse en **una crítica a la valoración de la prueba** rendida en el debate y, consecuentemente con ello, con la subsunción típica del suceso.

Para el recurrente no puede afirmarse con certeza que el hecho controvertido sea calificable como un robo pues, de acuerdo con el testimonio de Yanina Peralta, el denunciante no le habría mencionado a la testigo que fue víctima de tal delito, sino de agresiones y daños.

La compulsión de las actuaciones demuestra que esta estrategia ya fue ensayada por la defensa de Martínez Escudero en la sustanciación del debate y refutada por el tribunal de juicio.

Por ello, cabe aquí analizar si la posición del a quo fue precedida de una valoración arbitraria de la prueba controvertida, como lo entiende el recurrente, o si, por el contrario, la conclusión condenatoria se valió de **adecuadas premisas de valoración**.

Al respecto, y en primer lugar, se destacan las consideraciones del tribunal respecto de la **credibilidad** que le mereció el testimonio de Agustín Peña Soto, víctima del hecho.

En este sentido, el a quo destacó la representación que la víctima hizo de la mecánica de la agresión, su relato sobre el estado de shock que ésta le generó y la coincidencia entre las descripciones físicas que Soto formuló en su denuncia y en la rueda en la que reconoció al acusado.

Asimismo, puso en valor **la correspondencia entre el relato de la víctima con el testimonio de Fabián Bermejo**, profesor de la institución educativa a la que asistía el denunciante que **observó parte del suceso** y dio aviso a las autoridades llamando al 911.

Así, el tribunal destacó que, según Bermejo, «una persona [...] salió hacia el vehículo, se introdujo en el vehículo, [pensé] que podía ser un juego de niños, pero en el momento que va llegando al vehículo, este arranca de manera violenta, con la puerta abierta y [veo] que una persona se cae y cuando el chico se levanta, [advierdo] que es un alumno de la escuela, quien [me] manifestó me han robado, profesor, me han robado».

También, el a quo ponderó el contenido del **informe del CEO** al destacar que, conforme con lo asentado en él, en las intermediaciones de la institución educativa a la que asistía Soto, éste había sido «interceptado por un sujeto que lo [amenazó] con un arma blanca y le [sustrajo] un [celular] marca Samsung [...]».

Estos elementos fueron valorados por el órgano jurisdiccional de instancia previa como un **caudal capaz de fortalecer el grado de credibilidad del testimonio de la víctima**, en la medida en que esta relató, en consonancia con la prueba mencionada, que tras ser reducido por su agresor con un cuchillo y luego de que este subiera al vehículo en el que se trasladaba, corrió hasta asirse del automotor y cayó al suelo cuando éste aceleró (ver fundamentos, fs. 396/397).

Con todo, tras asentar que las partes del proceso aceptaron la existencia de un conflicto, el tribunal de juicio también sopesó que resultaba «insostenible creer que Peña Soto, de manera inmediata y ante tremenda conmoción por la violencia del hecho, cuando llegó Bermejo, haya tenido la capacidad de inventar falsamente la ocurrencia de un hecho distinto al padecido, solicitando la persecución de los agresores.

Es decir, se advierte irracional en las circunstancias mencionadas, que agregue imaginariamente a lo sucedido, un robo agravado, con un arma blanca y la efectiva sustracción del teléfono celular en dicho contexto.

Es que resulta incomprensible, considerar que cualquier persona media, luego de padecer semejante hecho traumático, donde pudo estar en riesgo su vida, elucubre haber corrido a un vehículo en movimiento, agarrarse del mismo, ser arrastrado y caer al piso e inmediatamente decirle al Sr. Bermejo, “me han robado, profesor, me han robado”, siendo ello corroborado por el testigo en ausencia» (ver fundamentos, fs. 397).

Sobre este aspecto, se advierte que el recurrente tan sólo se limita a sugerir que los elementos de cargo ofrecidos en el debate **no logran soportar la hipótesis acusatoria, pero no da precisión alguna capaz de explicar por qué ello es así**. El tribunal de sentencia, por su lado, dio suficientes motivos para sostener cómo la prueba incorporada nutría el grado de credibilidad del testimonio de la víctima.

En segundo lugar, se resaltan las precisiones del tribunal a quo que descartan la probabilidad de que fuese cierta la versión ofrecida por la testigo Peralta, no sólo por el grado de credibilidad que merecieron los elementos probatorios de cargo, sino también, por la carencia de un caudal probatorio en el que apoyar este aspecto de la hipótesis defensiva (ver fundamentos, fs. 398 vta.).

En este sentido, además, el tribunal destacó la falta de elementos que enriquecieran la versión del acusado Martínez, en tanto sostuvo que el conflicto se debió a un problema de insinuaciones amorosas del denunciante a Yanina Peralta (ver fundamentos, fs. 399).

Sobre este aspecto de la sentencia, según advierto, el recurrente tampoco ha dado razones capaces de controvertir la posición del tribunal, es decir, no ha explicado cómo es que la versión defensiva apoyada en el testimonio de Peralta cuenta con una base probatoria que equilibre o refute el peso de los elementos de cargo.

En definitiva, puede afirmarse que los agravios propuestos por la parte recurrente no encuentran sustento en las constancias de la causa, razón que determina el rechazo de los mismos y propicia una respuesta negativa para la cuestión planteada.

b. Incidente de prisión domiciliaria en autos N° 712.861/19

El planteo formulado por la defensa, contra la resolución que denegó la solicitud de prisión domiciliaria, tampoco puede prosperar.

En principio, conviene dejar sentado que este Tribunal ha señalado, respecto de resoluciones que restringen la libertad, que si bien no se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 475 del CPP, cabe equipararlas a sentencia definitiva por cuanto son susceptibles de provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior (ver causa «**Caccia Barrionuevo**»).

En este sentido también se ha expedido la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, en tanto que sostuvo que «[...] la decisión de restringir la libertad de los imputados antes del pronunciamiento final de la causa es equiparable a sentencia definitiva en razón de que podría ocasionar un perjuicio imposible de reparar [...]» (ver Fallos 307:359; 310:1835; 311:358; 314: 791, entre otros).

Sentado ello, y en atención a que la resolución cuestionada implica **la no concesión de una medida menos gravosa en el cumplimiento de la prisión preventiva ordenada, ella resulta equiparable a las resoluciones definitivas y, en consecuencia, susceptible de ser revisada por la vía casatoria**.

Sin embargo, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, tras analizar el contenido del recurso promovido y de la pieza impugnada, esta Sala no aprecia las críticas formuladas por la defensa de Ramiro Martínez.

Esto es así por cuanto, en primer lugar, contrariamente a lo sugerido por la defensa, las constancias de la causa indican que el representante del Ministerio Público Fiscal negó de manera expresa su consentimiento a la medida solicitada y dio suficientes razones para fundar su posición (ver dictamen de fs. 37/41).

En este sentido, debe decirse que el hecho de que **el dictamen fiscal no contenga una respuesta expresa por cada uno de los argumentos presentados por la defensa no autoriza, sin más, a considerar que existe un consentimiento tácito** (o una contradicción en la opinión del Procurador General, respecto del objeto de la vista conferida).

Dicho ello, **tampoco puede sostenerse la idea de la defensa, que indica que el tribunal ha sobrepasado los límites del principio contradictorio y ha vulnerado el mandato de imparcialidad del juzgador.**

Según se observa, su decisión ha sido construida tras contrarrestar los puntos de vista de la defensa y el órgano acusador (ver punto II, en la resolución de fs. 56/59).

Por lo demás, en segundo lugar, **no** se observan en la resolución traída a estudio elementos capaces de demostrar **que la posición del tribunal se ha construido sobre premisas arbitrarias.**

Efectivamente, la compulsa del acto indica que el tribunal de instancia previa atendió a cada uno de los planteos de la defensa, desde que, en consonancia con el pedido formulado, estudió la medida alternativa de prisión preventiva desde diversas perspectivas.

Así, consideró la situación de seguridad personal del acusado en el establecimiento penitenciario, las posibilidades reales de colaborar con el cuidado de familiares directos en el domicilio propuesto y con la labor profesional de su madre, así como los presupuestos procesales necesarios para acceder al beneficio invocado.

Además, puso en especial consideración el contexto sanitario presente y los parámetros convenidos en el **Acuerdo Institucional entre esta Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa**, sobre la situación de las Personas Privadas de Libertad en contexto de Pandemia.

Con todo lo anterior, el tribunal a quo concluyó que el acusado Martínez no se encontraba dentro de un grupo de riesgo de contagio y que no estaban acreditadas las habilidades necesarias para hacerse cargo de las labores de cuidado familiares o del emprendimiento familiar.

Asimismo, a fin de graduar **el riesgo procesal de fuga, tuvo en miras el estadio convictivo alcanzado acerca de los hechos acusados y el monto de la pena impuesta, la entidad del delito cometido, el comportamiento del acusado en el transcurso del proceso, y sus condiciones personales.**

Frente a todas estas consideraciones, según observo, el recurrente no ha articulado objeciones capaces de demostrar que el tribunal a quo haya cometido los vicios invocados, razón por la que, tampoco pueden prosperar las consideraciones de la defensa en este sentido.

En definitiva, de conformidad con los argumentos precedentes y en opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que no puede hacerse lugar a las presentaciones recursivas formuladas por la defensa, debiendo responderse negativamente la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Dres. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar a los recursos de casación presentados por la defensa de Ramiro Gabriel Martínez Escudero y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1738 y sus fundamentos, así como el auto N° 463, dictado en el marco del incidente de prisión domiciliara en autos N° 712.861/19, provenientes del Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

2- VIOLA ROJAS. 22-02-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														414
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	392

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210222_FcViola.pdf

Lex: Art. 162 del CP. Art. 392, 414 del CPP.

Vox: Hurto simple. Contrato verbal de depósito. Hecho diverso. Calificación legal. Absolución. Falta de acusación fiscal.

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado del delito de Hurto Simple (162 del CP), el **Ministerio Público** no mantuvo la acusación.

El **querellante particular** interpone recurso de casación por considerar que la sentencia recurrida se encuentra viciada por la errónea interpretación del art. 392 del CPP, el cual prevé la posibilidad de solicitar el cambio de calificación legal por un hecho diverso.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3425, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero Benito. 21-12-84. L.S. 186-427
- Cirrincione. 07-03-78. L.S. 153-011
- L.S. 354-218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(R.B)

Fallo:

CUIJ: 13-04867798-8/1((038501-147765)) RECURSO DE CASACION EN P-147765/17 FC/ VIOLA ROJAS MARCELO ADRIAN P/HURTO (147765) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104951340*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04867798-8/1, caratulada "F. C/ VIOLA ROJAS, MARCELO ADRIÁN P/ HURTO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El querellante particular interpone recurso de casación (fs.01/10- Legajo P-147765/17) contra la sentencia N° 3425 (fs. 25 y vta. - Legajo P-147765/17/1) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a Marcelo Adrián Viola Rojas como autor del delito de hurto simple (art. 162 del CP) en legajo N° P-147765/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió lisa y llanamente a Marcelo Adrián Viola Rojas por el delito de hurto simple, en tanto el representante del Ministerio Público Fiscal no mantuvo la acusación.

La plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio sostiene que: «[q]ue en fecha 31 de octubre de 2017, siendo las 11.00 hs. aproximadamente, Marcelo Adrián Viola Rojas sustrajo cuatro cubiertas marca Bridgestone y cuatro llantas originales, una llanta de chapa y la cubierta marca Escorpión (de auxilio) pertenecientes a una camioneta marca Mitsubishi modelo L 200 Outdoor dominio IXI-141, que se encontraba guardada en depósito en calle Bulogme Sur Mer 2315 de San Martín, Mendoza, cuya posesión pertenece a la víctima Roque Rubén Erario».

Asimismo, durante los alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal y el querellante particular invocaron un hecho diverso solicitando la aplicación de la figura prevista en el art. 392 del CPP por resultar la conducta del imputado subsumible en la figura del **inc. 7 art. 173 del CP**.

La sentenciante resolvió no hacer lugar al trámite solicitado por no haberse acreditado durante el debate la existencia de un hecho diverso tal como lo exige el art. **392 del CPP** y conforme lo establecido por el art. 1 del CPP.

2.- Recurso de casación

El querellante particular promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Estima que la sentencia recurrida se encuentra viciada por la errónea interpretación del art. 392 del CPP, el cual prevé la posibilidad de solicitar el cambio de calificación legal por un hecho diverso.

Sostiene que la sentenciante desvirtuó el pedido realizado por su parte y por el representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto al cambio de calificación legal originado en el hecho diverso. Al respecto argumenta que era evidente la comisión del delito de administración infiel (art. 173 inc. 7 del CP) por parte de Viola Rojas. Asimismo, agrega que se solicitó que se le corriera traslado de la nueva acusación a su defensa técnica, preservando así la garantía de defensa en juicio.

Destaca que el hecho diverso por el cual debía desenvolverse la audiencia, con el correspondiente cambio de calificación legal y la remisión de autos, era de defraudación y no de estafa.

Además, señala que el acusado realizó la denuncia el 19/05/2019, es decir diecinueve meses después, con la causa en trámite en su contra y que puso en conocimiento al martillero Erario casi cuarenta y cinco días después de descubrir que a la camioneta Frontier le faltaban las cinco ruedas.

Por lo que considera que el acusado mostró total desinterés por los bienes confiados a su cuidado por un contrato verbal de depósito, reconocido por el acusado y ratificado por los testimonios brindados en la audiencia.

Concluye sosteniendo que se ha valorado erróneamente los testimonios vertidos en la audiencia oral y que se tendría que haber hecho lugar al pedido de cambio de calificación legal por existir certeramente probado el hecho diverso, esto es defraudación infiel (art. 173 inc. 7 del CP). Ello con resguardo del derecho de defensa del acusado para responder por esta nueva acusación y remitiendo el expediente al juez competente.

Finalmente hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En efecto estima que la resolución atacada es acertada y no adolece de vicios susceptibles de ser corregidos mediante el remedio casatorio.

Asimismo, considera que todos los elementos abordados en el debate se conocían desde el momento inicial de la presente causa. Además, señala que no existiría dolo.

Por último, destaca que, de otro modo, se vulneraría el principio constitucional denominado non bis in ídem.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba la sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por la sentenciante, ya que el recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Surge del planteo casatorio que el eje central de la impugnación radica en afirmar que la sentencia recurrida se encuentra viciada por la errónea interpretación del art. 392 del CPP.

A mi modo de ver, el cuestionamiento no puede ser acogido.

En efecto, de la resolución cuestionada, surge que la sentenciante explicó correctamente, a mi entender, por qué razón no debía hacerse lugar al pedido de la querrela y del representante del Ministerio Público Fiscal respecto del cambio de calificación legal de hurto simple (art. 162 del CP) a defraudación infiel (art. 173, inc. 7 del CP).

Se advierte del soporte audiovisual, tal como lo señaló la sentenciante que, tanto el representante del Ministerio Público Fiscal y el querellante particular, tenían conocimiento desde el inicio de la investigación penal preparatoria de las siguientes circunstancias: a) que entre el denunciante Erario y el acusado Viola existía un **contrato verbal de depósito**, en el que éste último tenía a su cargo el cuidado de bienes recibidos por aquél; b) la sustracción de las cinco ruedas de la camioneta que se encontraban al cuidado de Viola; c) que Erario tomó conocimiento de la sustracción de los bienes aproximadamente dos meses después de ocurrida; y, d) que Viola no realizó inmediatamente la denuncia por la sustracción.

De tal manera, la a quo señaló que «[n]o entiendo que haya un hecho diverso que haya surgido del debate», pues «[n]o surgió ninguna cuestión que no hubiera existido anteriormente [...] [t]odos los elementos que fueron abordados en el debate venían desde el momento inicial».

Asimismo, es de resaltar que la jueza destacó que durante la audiencia de debate no se acreditó que Viola se haya apoderado de los bienes, ni que haya obtenido un beneficio económico o que los haya dañado.

También, expresó que «[e]l mal encuadre que se le dio a esta situación desde el comienzo no tiene por qué sobrecargar en el Sr. Viola, porque hay un principio elemental de la Constitución Nacional que habla que nadie puede ser enjuiciado dos veces por un mismo hecho».

En efecto, estimo, tal como lo sostuvo la sentenciante, que no existió un hecho diverso, en tanto durante el debate no surgió que el hecho fuera diverso al contenido en la acusación originaria, sino que por el contrario fueron circunstancias fácticas que existieron desde el origen de la investigación.

En síntesis, considero que la sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Asimismo, se advierte que pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin aportar razones que desvirtúen la decisión de la jueza de sentencia.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada, por lo que no debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el querellante particular.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

3- MIRANDA ROMERO. 24-02-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=532>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167 inc. 2 y 54 del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado C.M.R. a la pena de **cinco años de prisión**, accesorios legales y costas, como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia, robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda en concurso ideal (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto 167 inc. 2 y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación por considerar que la sentencia exhibe una valoración probatoria parcial y arbitraria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1093, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero Benito. 21-12-84. L.S. 186-427
- Cirrincione. 07-03-78. L.S. 153-011
- L.S. 354-218, L.S. 392-94, L.S. 397-177
- A.M.X. Argentina. 30-04-09. L.S. 400-240

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=1382636025>

- L.S. 407-155

- Vaca Reynoso. 29-10-08. L.S. 393-243

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDgxOTkzODk=&tabla=c2M=>

- L.S. 382-107

- Romano Remigio. 27-09-07. L.S. 381-233

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDcxOTkyOTU=&tabla=c2M=>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(R.B)

Fallo:

CUIJ: 13-05341181-3/1((018602-60651)) F C/ MIRANDA ROMERO LEONARDO CESAR P/ ROBO SIMPLE EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105511448*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05341181-3/1 caratulada "FC/ MIRANDA ROMERO, LEONARDO CÉSAR P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de Leonardo César Miranda Romero interpone recurso de casación (fs. 380/383 vta.) contra la sentencia N°1093 (fs. 363 y vta.) dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que condenó a su asistido a la pena de cinco años de prisión, accesorios legales y costas, como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia, robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda en concurso ideal (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto 167 inc. 2 y 54 del CP), que se le atribuye en los autos N° P- 60.693/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado la hipótesis fáctica contenida en el auto de elevación a juicio, que da cuenta que «el 29 de julio de 2018, siendo las 5:30 horas aproximadamente, Leonardo Cesar Miranda Romero junto a otros cuatro sujetos masculinos NN y por calle Isidro Maza y Pescara de Rodeo del Medio, Maipú, procedieron a emboscar a las víctimas y a tirarles piedras en sus rostro y cabeza, en esas circunstancias les sustrajeron los siguientes elementos: un celular marca Samsung J5 Prime, color negro, de la Empresa Claro, una billetera de cuero color marrón, documento de identidad a nombre de Adrián Rodrigo Alarcón, tarjeta de débito del Banco Hipotecario, trescientos pesos en efectivo, campera inflable con capucha color negra, celular marca Samsung, modelo Note 5 de color azul, billetera de color marrón oscuro, un DNI, un juego de llaves, campera de color azul».

El hecho que dio lugar a la formación de la causa, como se anticipó, fue calificado como robo agravado por el empleo de arma impropia, robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en concurso ideal.

Para así decidir el juez de anterior instancia, valoró la declaración testimonial de Adrian Rodrigo Alarcón Amigorelli, de Alberto Fernando Manzano Nuñez, de Arnaldo Andrés Anagua Burgos, de Franco Gabriel Hualmapa Luna y de Rodolfo Ariel Lunasco Inturia, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 inc. 2 del CPP por considerar que la sentencia exhibe una valoración probatoria parcial y arbitraria.

En efecto, considera que Alarcón Amigorelli y Manzano Núñez, declararon haber visto a las personas que comenzaron a golpearlos para luego sustraerles sus pertenencias, sin embargo expresa el recurrente, que ninguno de ellos reconoce a Miranda Romero como el agresor de los hechos.

Entiende que, de haberse valorado adecuadamente esta circunstancia, el juez de anterior instancia debió absolver al acusado.

Sostiene que la valoración arbitraria de la prueba vicia de nulidad absoluta la sentencia atacada y que vulnera la garantía constitucional del debido proceso legal y derecho de defensa del imputado. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 394/395, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto toda vez que entiende que los agravios de la defensa, se estructuran en torno a la crítica de la valoración de la prueba rendida que efectúa el juzgador. En ese sentido considera que el tribunal de juicio valora el plexo probatorio e indiciario de modo conjunto e integrado para arribar a la certeza necesaria para condenar al acusado.

Más precisamente, el Procurador expresa que el juez a quo considera que las declaraciones testimoniales de las víctimas resultan coincidentes y que respondieron con precisión las preguntas formuladas, entendiéndose que no había motivo para dudar de la sinceridad de las mismas, lo que motivó que le asignara un alto grado de verosimilitud.

Finalmente, afirma que los argumentos vertidos en el recurso no alcanzan a desvirtuar los fundamentos dados por el tribunal de sentencia relativos a la participación del acusado en el hecho investigado.

A tal fin el juez a quo considera que el justiciable fue aprehendido pocos minutos después de cometido el hecho, en las inmediaciones del lugar, rodeado por personas que lo sindicaban como uno de los autores del ilícito y encontrándose en posesión de parte de los elementos sustraídos a las víctimas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la resolución cuestionada es suficiente para su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, el juez de anterior instancia basó su decisión en las pruebas rendidas, en particular en las declaraciones testimoniales de Alberto Fernando Manzano Núñez y de Adrián Rodrigo Alarcón Amigorelli, prestadas durante el debate, que resultaron coincidentes y precisas en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho.

Asimismo, esas declaraciones fueron confrontadas con el acta de procedimiento debidamente ratificada por la auxiliar PP Daniela Ríos Azcurra y por el Oficial Ayudante Leandro Suárez, surgiendo de tal operación su coincidencia. Junto a estos elementos valorados, también resultaron decisivos para el sentenciante una serie concatenada de indicios graves, serios y concordantes que vinculan a Miranda Romero necesariamente al hecho investigado.

Ahora bien, esas probanzas fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa invoca pero no logran demostrar.

A esto se suma que el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una mera discrepancia con el criterio que utilizó el juzgador en la ponderación de las probanzas reunidas, sin que brinden el impugnante adecuadas razones que conduzcan a su revocación, por lo que no pueden ser acogidos, tal como se ha dicho con anterioridad reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

En el caso, tal discrepancia se evidencia en numerosos tramos de la presentación efectuada, entre ellos cuando la defensa tilda de contradictorias las testimoniales de las víctimas Alberto Fernando Manzano Núñez y de Adrián Rodrigo Alarcón Amigorelli que declararon haber visto al grupo de agresores y entre ellos al acusado, pero ninguno de ellos reconoció a Miranda Romero como el agresor de los hechos.

En este sentido, corresponde destacar que desde el inicio de las actuaciones Alberto Fernando Manzano Núñez al prestar declaración testimonial (fs. 4) narró que cuando salieron del boliche “El Santo” junto a su amigo Adrián Rodrigo Alarcón Amigorelli, fueron abordados por un grupo de cinco personas que les sustrajeron sus bienes, y que los agredieron con golpes de puño y con piedras.

En ese instante sostuvo expresamente no poder reconocer al grupo de personas que lo agredieron.

Ahora bien, esta circunstancia carece de la relevancia que pretende la defensa particular de Miranda Ramos, pues omite considerar, en la formulación de la crítica, el hecho de que al momento de la aprehensión del acusado, éste tenía en su poder diversos elementos tales como los DNI a nombre de Adrián Rodrigo Alarcón y de Fernando Alberto Alarcón, una tarjeta Visa del Banco Hipotecario a nombre de Adrián Alarcon, un celular marca Samsung color negro y otro de idéntica marca pero de color blanco, con vidrio templado en mal estado, con chip de la empresa Movistar color amarillo (ver copia de acta de procedimiento de fs. 15/16 de los autos P-60.693/18, copia de requisa de fs. 43/44 y acta de secuestro de fs. 50 de los autos conexos N° P- 60.651/18).

A ello debe agregarse que el objeto procesal de la presente causa, se encuentra vinculado al objeto procesal de la causa conexa N° P-60.651/18, en tanto ambos hechos fueron cometidos en circunstancia de tiempo y lugar similares.

Si bien Miranda Romero fue absuelto en la causa conexa (ver resolutive I sentencia N° 1093) surge del legajo que el día de los hechos, aproximadamente a las 6:20 horas, los oficiales Jorge Flores y Mariela Ocampo fueron desplazados por el CEO a las inmediaciones de calle Los Baños a la altura de la estación de GNC “La Posta”, de Maipú.

Ello por cuanto se había producido un hecho ilícito y al arribar al lugar observaron que un grupo de jóvenes se encontraba rodeando a otro, a quienes sindicaban como coautores de un robo junto a otro joven que se dio a la fuga.

El acusado resultó aprehendido por personal policial y al practicarse la requisita correspondiente tenía parte de la res furtiva en su poder (ver fs. 43, 44, 50 de los autos N° P-60.651/18).

Esta circunstancia omitida por el defensor, sin duda constituye otro elemento serio respecto de la participación de Miranda Romero, a tenor del método de unidad de la prueba que ha utilizado esta Sala reiteradamente.

Así, se ha dicho que este método «impone como regla la consideración de la **prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha acontecido en general en estos obrados, y en particular con el elemento que cuestiona el defensor de Miranda Romero.

Resta decir que, tras la revisión efectuada, se descarta que hayan sido vulneradas las garantías constitucionales de este acusado, agravio que su defensa esgrime en forma genérica y sin precisión, así como tampoco es cierto que el juez incurriera en un razonamiento arbitrario para arribar a la conclusión condenatoria, luego de una valoración parcial de las pruebas sin atender a las reglas de la sana crítica racional.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Leonardo César Miranda Romero.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

4- **ORTIZ QUIROGA y ot.. 09-03-21**

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										
VG	-	-	ANA	IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=533>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 239, 89, 92, 80 inc.1° y 11°, 54, 45 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55, 94 del CP. Ley 26485.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Arma de fuego apta. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real Amenazas simples. Lesiones leves culposas.

Summa:

El **TPC** condenó a los señalados a la pena de **ocho años de prisión** en efectivo e inhabilitación absoluta por igual término por el delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. 2, párr. 2, y 45 del CP) en los autos N° P-20.937/19, de robo agravado por ser cometido con el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (arts. 166, inc. 2, párr. 3, y 45 del CP) en los autos N° P-9271/19, de desobediencia a la autoridad (arts. 239 y 45 del CP) en los autos N° P-73817/18, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 89, 92, 80 inc.1 y 11, 54, 45 y 149 bis, párr. 1, supuesto 2, del CP y ley 26.485) en los autos N° P-8666/19, y lesiones leves culposas (arts. 94 y 45 del CP) en los autos N° P-9280/19.

La **defensa** de los imputados Kevin Alexander y Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga interpone recurso de casación sólo en relación a los autos N° P-20937/19, esto es por los hechos que fueran calificados como robo agravado por el uso de arma de fuego únicamente.

El **Procurador General** entiende que si bien el recurso de casación interpuesto por la defensa procede formalmente, propicia su rechazo en el fondo por estimar que no existe defecto de motivación de la sentencia de primera instancia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1027, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(N.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05343191-1/1((018602-20937)) F. C/ ORTIZ QUIROGA KEVIN ALEXANDER Y ORTIZ QUIROGA HERNAN GONZALO P/ ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO CON EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105514347*

En Mendoza, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05343191-1 caratulada **“FC/ ORTIZ QUIROGA KEVIN ALEXANDER Y ORTIZ QUIROGA HERNAN GONZALO P/ ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO CON EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga y Kevin Alexander Ortiz Quiroga interpone recurso de casación a fs. 430/431 vta. contra la sentencia N° 1027 de fs. 400/427 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 que los condena a la pena de 8 años de prisión en efectivo e inhabilitación absoluta por igual término por el delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. 2, párr. 2, y 45 del CP) en los autos N° P-20.937/19, de robo agravado por ser cometido con el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (arts. 166, inc. 2, párr. 3, y 45 del CP) en los autos N° P-9271/19, de desobediencia a la autoridad (arts. 239 y 45 del CP) en los autos N° P-73817/18, lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 89, 92, 80 inc.1 y 11, 54, 45 y 149 bis, párr. 1, supuesto 2, del CP y ley 26.485) en los autos N° P-8666/19, y lesiones leves culposas (arts. 94 y 45 del CP) en los autos N° P-9280/19.

El pronunciamiento fue dispuesto por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia anterior tuvo acreditado el siguiente hecho: «que para fecha 16 de marzo de 2019, entre la veintiuna y veintidós horas, los ahora encartados Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga y Kevin Alexander Ortiz Quiroga, en momentos en que Exequiel Alberto Soria Actis caminaba por calle Tiburcio Benegas y Oscar Mathus, lo interceptaron y le sustrajeron sus pertenencias.

El primero mediante el uso de un arma de fuego le apuntaba, mientras el segundo le revisaba los bolsillos del pantalón y de la campera. Finalmente lo desapoderan de un celular marca Huawei, de color negro y

una billetera, de color marrón de cuero, que contenía quinientos pesos en efectivo y su documento de identidad. Luego, Soria Actis al emprender la huida corriendo del lugar; Hernán Ortiz Quiroga le efectuó varios disparos impactando uno de los proyectiles en su brazo izquierdo».

Para así resolver, el tribunal tuvo valoró las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate de la víctima de autos –Ezequiel Alberto Soria Actis– y los testigos Valeria Paola Garro Córdoba, Juan Carlos Palacio Fernández, Julieta Barroso Cordero, Adrián Oscar Román Palomino, Cristian Joel Tapia Estrada, Franco Fabián Pacheco, Karen Guiliana Ortiz Quiroga, Brian Tomás Siriani Campos y Emilce Angela Jahan Roldán; así como también la prueba instrumental incorporada, entre los principales elementos.

2.- Recurso de casación

La defensa de los imputados Kevin Alexander y Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga interpone recurso de casación sólo en relación a los autos N° P-30937/19, esto es por los hechos que fueran calificados como robo agravado por el uso de arma de fuego únicamente.

Cuestiona que las declaraciones testimoniales consideradas decisivas por el tribunal poseen contradicciones –con relación a la hora, distancia y lugar en la que habría ocurrido el hecho– e indicios de que fueron «armados» con el fin de perjudicar a sus defendidos. Menciona que se encuentra acreditada en la causa la rivalidad entre los imputados y el denunciante.

A ello agrega que los acusados manifestaron encontrarse en su casa celebrando un cumpleaños cuando el denunciante pasó por el lugar y comenzó a agredirlos, para luego disparar un arma de fuego contra ellos.

Lo que se encontraría corroborado con declaraciones testimoniales, un acta de nacimiento, una inspección ocular positiva y prueba de los disparos, según el abogado defensor.

Solicita se case la sentencia y se resuelva conforme a derecho.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 446/447 vta. el Procurador General dictamina y considera que si bien el recurso de casación interpuesto por la defensa procede formalmente, propicia su rechazo en el fondo por estimar que no existe defecto de motivación de la sentencia de primera instancia.

Asevera que el tribunal de la instancia previa analizó la prueba del juicio y explicó lo cuestionado sobre las declaraciones testimoniales.

Asimismo, luego de examinar la versión exculpatoria de los acusados, la descartó por no encontrarse acreditados los extremos requeridos para la legítima defensa alegada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa de los imputados Kevin Alexander y Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue. La defensa centra sus cuestionamientos en la valoración del material probatorio y el descarte de la hipótesis alternativa propuesta por esa parte.

Sin embargo, entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala en el sentido de que para que proceda tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**); lo que en la especie no ocurre. En efecto, el magistrado de instancia anterior analizó debidamente las declaraciones de la víctima y los testigos Valeria Garro y Julieta Barroso Cordero.

Así, explicó y contextualizó las contradicciones, las que no desvirtuaron –a su criterio– el hecho central denunciado por Soria Actis.

Esto por cuanto los testigos identificaron a los imputados en el lugar del hecho, a Hernán Ortiz Quiroga portando un arma de fuego y a su hermano sustrayéndole objetos a la víctima, quien luego de escaparse recibió un proyectil disparado por Hernán Quiroga Ortiz.

En relación con la hora en que ocurrió el hecho, Soria Actis como Valeria Garro y Barroso Cordero afirmaron en el debate que el horario del acontecimiento se ubicaba entre las 21 y 22 horas.

En tanto que respecto a lo expuesto por Barroso Cordero relativo a que le sustrajeron una mochila a la víctima, el juez de sentencia explicó que «[...] puede obedecer a una confusión propia de los nervios del momento, o como dice el Sr. Fiscal de instrucción, un elemento común que forma parte de la indumentaria de los agresores; lo concreto y relevante, es que ubica a ambos encartados en el lugar de los hechos [...]» y describió la intervención de cada acusado en forma similar a lo denunciado.

Por su parte, el argumento defensivo sobre la **rivalidad** entre los acusados y la víctima por sucesos anteriores no logra conmover o desacreditar la ocurrencia del hecho denunciado; sino que solamente demuestra el previo conocimiento entre aquéllos.

Por último, estimo acertado el análisis expuesto en la sentencia acerca de la hipótesis defensiva según la cual los acusados se encontraban en un cumpleaños familiar y fueron atacados en el domicilio de la familia Ortiz Quiroga, lo que habría justificado los disparos efectuados por Hernán Ortiz Quiroga para defenderse.

El a quo valoró debidamente la prueba aportada por la defensa y concluyó que no se encontraba acreditada tal hipótesis.

Así, el magistrado consideró que lo aseverado por los testigos de la defensa –Adrián Oscar Román Palomina, [C.J.T.E.], Franco Fabián Pacheco, Karen Giuliana Ortiz Quiroga, Brian Tomás Siriani Campos y Emilce Angela Jahan Roldán– posee contradicciones centrales y no se contrasta con el resto de la prueba incorporada en autos.

En primer lugar, aquellos testigos afirmaron que el hecho habría ocurrido entre las 00:00 y las 00:30 horas del día 17 de marzo de 2019, en tanto que el acta de procedimiento de fs. 7 afirma que ese día a las 00:20 horas la víctima se encontraba en la sede de la Comisaría 40 denunciando el hecho investigado en autos.

En segundo lugar, la cantidad de disparos que se efectuaron varía según la declaración, como también la cantidad de personas que se estarían junto a Soria Actis disparando hacia la casa de la familia de los Quiroga Ortiz.

Al respecto, destacó el a quo que «[...] todos ven a Soria disparar», y coinciden en no reconocer a las otras personas. Otro extremo tomado en consideración para descartar la hipótesis defensiva se vincula a que nadie denunció ni puso en conocimiento del personal policial que concurrió al lugar sobre estos hechos. El testigo Franco Fabián Pacheco afirmó en el debate que los vecinos llamaron a la policía y que cuando llegó al lugar ellos salieron del domicilio; sin embargo ello no se contrasta con el contenido del acta de procedimiento, ni los informes de la UID.

Con relación a ello el magistrado de sentencia expresamente señaló que «[...] llamativamente Giuliana Ortiz Quiroga expresó que ella llamó a la policía desde su teléfono, pero que tiempo después el mismo se le rompió y el chip se le perdió. De los desgrabados del CEO, relativos a este hecho, no obra constancia alguna de tal comunicación».

Por último, respecto a los impactos de proyectiles que acreditarían el ataque a la vivienda de los Ortiz Quiroga, el magistrado entendió que el informe de fs. 176 se circunscribe a describir unos orificios en la pared de la casa, pero no consta si son el resultado de disparos de arma de fuego ni la antigüedad de ellos.

En consecuencia, el informe no logró acreditar la versión defensiva.

En conclusión, entiendo que la sentencia ha sido fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, en especial la declaración testimonial de la víctima con un relato coherente y congruente que se condice con el resto del material probatorio, y que la defensa no ha logrado desvirtuar en esta instancia.

Por tales razones considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Hernán Gonzalo Ortiz Quiroga y Kevin Alexander Ortiz Quiroga.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

5- GINI HERNANDEZ GISELA. 22-03-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=535>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Calificación legal. Valoración de la prueba. Imparcialidad.

Summa:

El JPC N° 1 condenó a la señalada a la pena de **cinco años de prisión** de cumplimiento efectivo como autora del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que el recurso procede formalmente, mas no ocurre lo mismo en el aspecto sustancial, por lo que a su criterio debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N°6352, pronunciada por el JPC N° 1- 1 CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Peluso.
- Villalobos Ayrton. 09-06-20:

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200609_FcVillalobos.pdf

Parágrafos destacados

“Entiendo que no resulta de aplicación el precedente Peluso invocado por la recurrente por cuanto la divergencia en aquella causa pasaba *por la existencia o no del arma blanca*, en tanto que en ésta radica en la *utilización o no de ella* en el hecho. Esto así, por cuanto a mi criterio resulta más que clara la existencia del arma blanca, ésta no sólo es referida por la víctima, sino también por Salassa y fue hallada dentro del morral que portaba Gini. Tampoco puede tener acogida favorable el agravio esbozado en torno a la pretendida violación del principio de imparcialidad. Más allá de la referencia efectuada por la recurrente entiendo que la actuación de la jueza se enmarca dentro de los parámetros establecidos en los precedentes de este Tribunal.”

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.

(N.C)

Fallo:

CUIJ: 13-05350996-1/1((018501-766845)) FC/ GINI HERNANDEZ GISELA TAMARA P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105522610*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05350996-1 caratulada **“F. C/GINI HERNÁNDEZ GISELA TAMARA P/ROBO AGRAVADO S/CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 326/338 vta., la defensa oficial de Gisela Tamara Gini Hernández formula recurso de casación contra la sentencia N° 6352, de fecha 20 de mayo de 2.020, obrante a fs. 290 y vta., y sus fundamentos de fs. 291/296, en tanto condena a la nombrada a la pena de cinco años de prisión como autora del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP).

El pronunciamiento fue dictado por sala unipersonal del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P 766.845/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que «[...] el día 2 de noviembre de 2019, en horas de la tarde el Sr. Maximiliano Cruces fue víctima de un ilícito contra la propiedad. En la ocasión indicada, una mujer [la acusada] previo exhibirle un elemento cortante, se apoderó del teléfono celular del Sr. Cruces» (ver fs.291 vta.).

Para así decidir la jueza de sentencia valoró las declaraciones testimoniales de Maximiliano Cruces, Gastón Salassa, de los efectivos policiales Marino y Meilan, la declaración de Tamara Gini y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

A fs. 326/338 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por la defensa oficial de Gisela Tamara Gini Hernández, a tenor del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Solicita que este Tribunal declare la nulidad de la sentencia y en caso de corresponder resuelva conforme la ley y doctrina aplicables en relación a los vicios in procedendo e in iudicando denunciados.

Refiere que el tribunal de la instancia previa se ha apartado en sus consideraciones de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, circunstancia que vicia el acto sentencial e impone su revocación. Considera que, de los dichos de la víctima, surgen sólo dudas en relación a aspectos medulares de la primera y segunda cuestiones de la resolución que recurre.

Señala las declaraciones de Gastón Salassa y de Maximiliano Cruces y, en relación a los dichos de este último de los nombrados, sostiene que la jueza –violando el principio de imparcialidad– interrumpió la declaración del testigo y asumiendo la función del órgano acusador le preguntó «¿ella le arrebató el celular?»; luego de ello continuó declarando el testigo.

Entiende que los dichos de Cruces se encuentran en franca contradicción con el resto del plexo probatorio. Señala que también son contradictorias las declaraciones de los efectivos policiales Melián y Marino al describir el cuchillo, puesto que no se condice con el cortaplumas que llevaba su defendida.

Expresa que ningún vecino que vio lo ocurrido fue captado ni identificado por la fiscalía para brindar testimonio. A su criterio, en razón de los dichos de los testigos Salassa y Cruces se impone la duda a favor de su asistida ya que lejos de coincidir, aclarar y ser coherentes traen confusión a la investigación.

Agrega que de los fundamentos del acto sentencial no surge una determinación precisa del hecho en lo que hace a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ocurrencia de los hechos acusados.

Entiende que su defendida protagonizó una pelea con Salassa y le pidió prestado el celular a Cruces, sin devolverle el objeto, pero de modo alguno es posible sostener que su defendida usó un arma blanca, amenazando, amedrentando o blandiendo la misma para conseguir apoderarse del teléfono.

Considera que la duda sobre la existencia del arma blanca debe operar en beneficio de su defendida por aplicación del principio in dubio pro reo e invoca el precedente «**Peluso**».

En relación al vicio in iudicando promovido sostiene que existió errónea aplicación de la ley sustantiva, puesto que a su criterio el hecho debió calificarse como **hurto simple o retención indebida**. En abono de su pretensión cita el precedente «**Villalobos Ayrton**».

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 348/349 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos señala que el recurso procede formalmente, mas no ocurre lo mismo en el aspecto sustancial, por lo que a su criterio debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que el tribunal de la instancia previa la motivó debidamente, explicando las razones por las cuales llegó a la certeza necesaria para condenar a Gini Hernández.

Entiende que específicamente la jueza hizo referencia a todos los cuestionamientos que aquí reitera la defensora, destacando la testimonial de la víctima, del personal policial actuante, del testigo –Salassa– que en forma coincidente relataron el accionar de la encartada y la actitud que tuvo cada uno de los protagonistas al ocurrir el hecho.

Agrega que la a quo se explayó respecto a la testimonial de Cruces y sus dichos en las distintas instancias, estableciendo que no varió, en lo sustancial, la versión de lo ocurrido, encontrándose con creces probado el uso del arma para amedrentar.

Al respecto, señala que la jueza explicó que la mujer exhibió el arma blanca desde el inicio de su decisión de tomar el celular de Cruces. Destaca que la mujer ya portaba el arma cuando discutía con Salassa, previo

a tomar el celular sin guardar el elemento cortante, y lo llevó exhibiéndolo en la mano mientras Cruces la seguía.

De tal manera, sostiene que los agravios enumerados por la recurrente más que vicios en la sentencia reflejan su discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración dada a las pruebas. Así, advierte adecuada la calificación legal otorgada al hecho; por lo que aconseja el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Analizado el recurso de casación promovido, así como el acto sentencial impugnado y las constancias de la causa, adelanto mi opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados, toda vez que no se verifican los agravios expuestos, conforme paso a detallar.

Conuerdo con el señor Procurador en que el acto sentencial puesto en crisis se encuentra suficientemente fundado, en él se detallan los elementos convictivos válidamente incorporados y se vinculan unos con otros, de manera tal que la plataforma fáctica tal como quedó conformada halla sustento en los medios de prueba y la interpretación que se llevó a cabo de los mismos fue realizada atendiendo a los principios de la sana crítica racional.

En ese sentido se aprecia que las argumentaciones formuladas por la recurrente fueron analizadas por la jueza en los fundamentos de la sentencia, donde destacó los dichos de la víctima – Maximiliano Cruces–, de los efectivos policiales que participaron en el hecho, del testigo –Gastón Salassa– quienes en forma concordante relataron el accionar de Tamara Gini.

En efecto tanto Cruces como Salassa refirieron que Tamara Gini se apoderó del celular del primero de los nombrados, y se lo llevó siendo seguida por Maximiliano Cruces.

En tanto que los efectivos policiales –María Izaguirre y Natalia Jones– al proceder a la aprehensión de la acusada lograron recuperar el teléfono celular de Cruces y encontraron dentro del morral que llevaba Gini una cortaplumas de 25 cm, marca Stainlecc.

De tal manera coincido con el titular del Ministerio Público Fiscal en que Gini ostentaba el arma blanca desde el momento en que decidió apoderarse del celular de Cruces, puesto que tenía ese elemento al momento de discutir con Gastón Salassa, esto es, en forma previa a tomar el celular de Cruces y, conforme el relato de éste último nunca guardó el elemento cortante y se lo exhibió en cada oportunidad en que le reclamó la devolución del teléfono.

Entiendo que en forma acertada la jueza descarta las alegadas contradicciones en las declaraciones de Maximiliano Cruces y de sus relatos con el de Salassa. En este sentido lleva razón –a mi criterio– en que nunca la víctima dijo que la sustracción ocurriera dentro de una vivienda y, que tampoco Salassa dijo que el hecho ocurrió dentro de su casa.

Así, contrastadas las manifestaciones vertidas por Maximiliano Cruces al formular denuncia y en el debate, con los dichos de Salassa y el resto de los elementos de prueba, tales como el hallazgo del teléfono celular y la cortaplumas en poder de Gini Hernández, como asimismo los dichos de los efectivos policiales

actuantes en el hecho considero que la plataforma fáctica fue correctamente fijada por la jueza y su calificación legal acertada.

Entiendo que no resulta de aplicación el precedente Peluso invocado por la recurrente por cuanto la divergencia en aquella causa pasaba por la existencia o no del arma blanca, en tanto que en ésta radica en la utilización o no de ella en el hecho. Esto así, por cuanto a mi criterio resulta más que clara la existencia del arma blanca, ésta no sólo es referida por la víctima, sino también por Salassa y fue hallada dentro del morral que portaba Gini. Tampoco puede tener acogida favorable el agravio esbozado en torno a la pretendida violación del principio de imparcialidad. Más allá de la referencia efectuada por la recurrente entiendo que la actuación de la jueza se enmarca dentro de los parámetros establecidos en los precedentes de este Tribunal.

Como señalé, entiendo que el hecho resultó adecuadamente fijado, encontrándose suficientemente probado que al momento del desapoderamiento del teléfono celular Gini utilizó el arma blanca que luego le fuera secuestrada, motivo por el cual tampoco puede ser de aplicación el precedente «**Villalobos Ramos**» invocado por la defensa.

Por los motivos expuestos y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que debe contestarse en forma afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Tamara Gisela Gini Hernández y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 6352 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

6- MORA ONTIVEROS. 26-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	-	PCE	-	-	CO	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=536>

Lex: Art. 167, inc. 2° del CP.

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** por resultar coautor del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (arts. 167 inc. 2 del Cód. Penal), revoca la condicionalidad de la pena única de tres años de prisión de ejecución condicional, condenándolo a la **pena única** de cuatro años y seis meses de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, porque de él no puede extraerse ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia, por lo que, a su modo de ver, se debe rechazar formalmente.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1258, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 393-243, 382-107, 381-233
- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05360521-9/1((018601-718539)) F C/ MORA SEBASTIAN Y ORTEGA NICOLAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105532539*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05360521-9/1 caratulada **“F. C/ MORA ONTIVERO, SEBASTIÁN ALEXIS, ORTEGA ONTIVERO, NICOLÁS P/ ROBO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Sebastián Alexis Mora Ontivero interpone recurso de casación (fs. 342/357) contra la sentencia N° 1258, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión, por resultar coautor del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (arts. 167 inc. 2 del Cód. Penal), revoca la condicionalidad de la pena única de tres años de prisión de ejecución condicional, condenándolo a la pena única de cuatro años y seis meses de prisión como coautor de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda y como autor de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda , robo simple y robo agravado por efracción y como autor de robo simple en grado de tentativa (dos hechos) en concurso real, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 4 de junio de 2019 a las 17 horas aproximadamente, el imputado recurrente ingresó al domicilio de barrio 17 de abril manzana C casa 17 de Bermejo, Guaymallén, mientras Javier Ortega Ontiveros, a quien se le otorgó la suspensión del juicio a prueba, y al menos otro sujeto no identificado, aguardaban en un Renault 9 dominio SDR-269, de propiedad de la madre del imputado recurrente, en la puerta del domicilio.

Mora sustrajo del interior una máquina hormigonera naranja y rojo, una compresora azul de propiedad de la víctima, previo a propinarle dos golpes de puño en el rostro a un menor de 12 años de edad y puntapiés a un menor de 9.

Con la ayuda de los otros dos sujetos subieron los elementos al rodado para darse a la fuga. Minutos más tarde personal policial logró secuestrar los bienes sustraídos y aprehender a Ortega Ontiveros y al imputado en el Barrio Lihue, de Guaymallén.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensora porque la sentencia es nula, ya que su fundamentación es errónea y contradictoria, en especial a lo atinente a la calificación legal.

Apunta que se han valorado deficientemente las pruebas, desde que no hay elementos que acrediten la intervención de la persona que estaba en el vehículo, quien sería el tercer participante, y por lo tanto, el presente no sería un robo agravado sino simple.

Expone que el a quo no explica por qué descartó el planteo defensivo sobre el supuesto hallazgo del arma y la situación del imputado, quien fue aprehendido en un lugar distinto al que menciona el acta de procedimiento, lo que fue corroborado por un testigo ofrecido por su parte (recurso, fs. 345 vta).

Cuestiona el valor convictivo de los dichos de la víctima y su padre, ya que no son coincidentes ni sólidos, por lo que pierde sostén la hipótesis que involucra la participación de un tercer sujeto, que estaba en el vehículo.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque de él no puede extraerse ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia, por lo que, a su modo de ver, se debe rechazar formalmente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la sentencia se ha basado en las pruebas rendidas, que fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica y el método de **unidad de la prueba** adoptado por este Cuerpo, que impone como regla su consideración conjunta, puesto que, muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros**).

Esto es lo que ha acontecido en este caso. Además, la motivación de la sentencia es suficiente a los efectos de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que para conllevar tal extrema solución, aquéllas deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en autos no ocurre (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**).

En particular, debe señalarse que la existencia del tercer sujeto que intervino en el robo, surge de la denuncia de fs. 11/13, en la que al ser interrogado el compareciente sobre si podía precisar quiénes eran los ocupantes del vehículo del que se bajó Mora, dijo: «Eran en total 3 personas, una estaba adelante en el asiento del acompañante, que es el que tenía el cabello pintado. El otro estaba sentado en el asiento de atrás, a ése no lo vi. Y el que me pidió el compresor y la hormigonera» (acta, fs. 12).

También expresó que «Los otros dos nunca vi que se bajaran del auto» (acta, fs. 12 vta.), en referencia a los sujetos que junto con el imputado recurrente, fueron coautores.

Pero no sólo esto, sino que en el debate el menor declaró, mostrándose según el a quo, «...claro, simple, firme y contundente...» (fundamentos, fs. 333), aspecto que ha podido ser percibido mediante la reproducción del registro audiovisual de la audiencia celebrada el 12 de mayo de 2020. Así, al ser interrogado sobre cuántas personas participaron, dijo que dos fueron las que subieron la hormigonera al automóvil. Asimismo, al preguntársele si adentro del auto había alguien más, dijo que iba una persona más, en el asiento de atrás, agregando que «...atrás había uno, para sostener la compresora, viste, cuando están metiendo, porque la habían metido atrás».

Antes de finalizar su testimonio, a instancias de la defensora, el niño reiteró que habían dos personas y una más en la parte de atrás del vehículo, y que no escuchó ningún diálogo entre las dos primeras y la tercera, que estaba en el asiento trasero.

A esto se suma que de la declaración incorporada de fs. 120, fluye que eran cuatro los sujetos que bajaban los objetos sustraídos y que luego fueron recuperados, en una casa del Barrio Lihué, oportunidad en la que fueron aprehendidos el imputado recurrente y Ortega, a quien se le suspendió el juicio a prueba, fugándose los otros dos.

Por ello, la queja de la defensora en el sentido que no hay elementos que sustenten la participación de tres personas en el robo, prescinde de las probanzas reunidas.

En similar forma, omite parte de los fundamentos, específicamente la segunda cuestión, en la que el inferior justifica la coautoría de los tres sujetos en el delito de robo en banda así como la calificación legal, partiendo de las constancias de autos.

De esta forma, narra con sujeción a los elementos probatorios incorporados, que el imputado Mora actuó de consuno con Nicolás Javier Ortega Ontiveros y un tercero que se encuentra prófugo y no ha logrado ser identificado, habiendo trazado previamente, según el sentenciante, de **común acuerdo un plan criminal**, que aunque simple en su preparación, demostró cierto grado de organización, ya que en esa planificación previa Mora Ontivero puso a disposición del grupo su automóvil y hubo precisa distribución de roles, contribuyendo Ortega y el restante sujeto no habido, no sólo el apoyo de su presencia dentro del automóvil, mientras Mora sustraía los bienes de propiedad del dueño de casa y golpeaba a sus hijos, sino que «...prestaron una colaboración indispensable en la carga, acomodamiento dentro del rodado y posterior descargo de los elementos sustraídos...» (fundamentos, fs. 335 vta).

En consecuencia, la posibilidad de que el robo cometido sea encuadrado en su modalidad simple, está descartada.

Resta decir que el agravio centrado en la falta de explicación sobre el hallazgo de un arma y la presunta aprehensión del acusado, en un lugar distinto al que se menciona (recurso, fs. 345 vta.), resulta ajeno a estos obrados, en los que no se ha utilizado arma ni se ha cuestionado lo relativo a la aprehensión del recurrente.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Sebastián Alexis Mora Ontivero a fs. 342/357.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 26 de marzo de 2021.-

7- ROQUE ACEVEDO. 15-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	-		-	-	A	-	CR	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=523>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 183 y 55 del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Amenazas agravadas. Daño simple. Absolución. Conducta atípica. Tipicidad subjetiva. Tipicidad objetiva. Insignificancia. Acto jurisdiccional.

Summa:

El **TPC** absolvió al nombrado respecto de los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia, amenazas agravadas por el uso de arma y daño simple todo en concurso real (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 149 bis primer párrafo, segundo supuesto, 183 y 55 del CP).

La **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido, se remite y comparte los argumentos vertidos por el recurrente.

La **SCJM** desestimar formalmente el recurso de casación promovido por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 940 pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Acto jurisdiccional válido. Fundamentos.

- Díaz López. 12-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210212_FcDiaz.pdf
- Donoso Aguilera. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf
- Porcel Valero. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf
- González Ortego. 26-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210226_FcGOI.pdf
- Ortíz Quiroga. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcOrtiz.pdf
- Moreno Almazán. 31-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210331_FcMAH.pdf
- Coz Luna. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcCLG.pdf
- Salas Romero. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcSRO.pdf
- L.S. 344-170, 349-14

b- CSJN

- 310:1465; 326:2575; 328:110 y 328:4605, 307:1456

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Disidencia). Adaro.

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-05018841-2/1((018601-3663)) FC/ ROQUE ACEVEDO GONZALO FABRICIO P/ ROBO AGRAVADO (3663) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105183711*

En Mendoza, a los quince días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N°13-05018841-2/1 caratulada “FC/ROQUE ACEVEDO GONZALO FABRICIO P/ ROBO AGRAVADO P/CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 207/211 vta. el Fiscal de la Fiscalía de instrucción n° 23 de la unidad Fiscal de Robos y hurtos Agravados, promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 940 de fecha 17 de octubre de 2.019, obrante a fs. 199 y sus fundamentos de fs. 202/205 y vta., en tanto absuelve a Gonzalo Fabricio Roque Acevedo de los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia, amenazas agravadas por el uso de arma y daño simple todo en concurso real (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 149 bis primer párrafo, segundo supuesto, 183 y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P- 3663/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I-- La sentencia recurrida

El acto sentencial puesto en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que: «[...] el imputado llegó a la remisería solicitando un vehículo para “ir a comprar droga”, como lo había hecho en otras oportunidades. Que en esas ocasiones no hubo ningún problema con este sujeto. Que cuando entró por primera vez, entró bien, sin agresión, pidió bien hacer un viaje como otras veces. Luego al ver que salían viajes y no lo llevaban, se enojó, que habló con él, pero estaba enojado porque le dijo que no lo iban a llevar.

Seguidamente llamó a otro chofer y dijo que ya llegaba al negocio y que haría ese viaje. Entonces, le dijo que esperara porque los choferes no querían hacer ese viaje y cuando se dio cuenta que los vehículos salían a hacer otros viajes y nadie lo llevaba, salió detrás de uno de los choferes.

Que escuchó gritos en el exterior de la remisería, donde se encontraba, y al salir del negocio vio a este sujeto que intentaba agredir a un chofer con un ladrillo y con algo como una punta, por eso le gritó e ingresó al negocio. Que seguidamente entra al negocio este sujeto y empezó a los gritos; que no se veía bien, estaba fuera de su eje, como alcoholizado, tal vez drogado.

Que no había forma de calmarlo y que cuando le dijo que se calmara “ahí se pierde en sí” (sic) y tiró el teléfono fijo y unos parlantes. Que se acercó al mostrador y con una punta empezó a golpearlo. Luego como que intentó agredirlo con esa punta.

No se podía controlar, no había forma de calmarlo, un momento de furia. Después, como había dejado su teléfono celular sobre ese mostrador, el sujeto lo agarró y le dijo “ahora me llevo el teléfono y que le quitara el teléfono si tenía huevos”. Estos son los hechos probados [...]. Así, la plataforma fáctica a analizar como configurativa de un delito».

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por Franco Sosa, Luciano Zazzarino, Damián Marino y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

El fiscal de la Fiscalía de Instrucción nº 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados formula recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP. Sostiene que en la sentencia se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al no observarse lo dispuesto por los arts. 166 y 183 del CP.

Esto por cuanto se consideró que la conducta atribuida al imputado no resulta típica. Expresa el recurrente que, en relación a los hechos calificados como robo, el a quo entendió que **no existía tipicidad subjetiva**, y que respecto de aquellos encuadrados como daño, que no se daba la **tipicidad objetiva**.

Afirma que la conclusión a la que llegó el juez es arbitraria y establece exigencias que los tipos penales no contienen. Señala que el juez de instancia anterior dio por probados los hechos, sin que en lo sustancial difieran del descrito en la plataforma fáctica puesta en conocimiento del imputado.

Refiere que para ello tuvo en consideración el relato de los testigos a quienes atribuyó absoluta credibilidad teniendo en cuenta que fueron realizadas en un marco de total serenidad desprovista de animosidad contra el imputado.

Explica que sobre la base de estos hechos probados entendió que no puede considerarse tipificado el delito de robo ni el de daño, teniendo en cuenta las exigencias de cada tipo penal.

Manifiesta que en relación al robo el juez consideró que el imputado no exigió la entrega del celular o manifestó que se tratase de un robo y, que en ninguna de las oportunidades en que entró al negocio su actividad se dirigió a lograr el desapoderamiento de un bien.

Así, a criterio del juez el tipo subjetivo del delito no se configuró puesto que la intención de desapoderar de un bien a alguien no fue realizada.

Refiere el representante del Ministerio Público Fiscal que, en opinión del sentenciante, la toma del teléfono fue una provocación o venganza. De tal manera la frase proferida «ahora me llevo el teléfono» y que se lo quitara «si tenía huevos» no cumple la finalidad exigida por el tipo subjetivo del delito de robo.

Así, agrega el recurrente que el juez señaló que el imputado fue a contratar un viaje, no a robar, por lo que no existió exigencia indebida, no hubo violencia contra una persona ya que los actos agresivos se llevaron a cabo antes y sin conexión con el desapoderamiento.

Por lo tanto, para el juez, no hubo fuerza en las cosas ni violencia en las personas.

En relación al daño atribuido el recurrente señala el a quo consideró que la falta de intervención de Policía Científica, que hubiese examinado el teléfono roto y el daño del mostrador con el elemento utilizado

resultó una «deficiencia descriptiva así la **insignificancia o mínima entidad de afectación al bien jurídico** no logra cumplir con el tipo de la figura penal en crisis, de manera tal que imponer pena por ese acto no guardaría racionalidad por su desproporción».

Conforme a ello el recurrente sostiene que el juez aplicó erróneamente la ley penal sustantiva valiéndose de una arbitraria y contradictoria valoración de la prueba, sin tener en cuenta que la situación en que ocurrieron los hechos debe considerarse en su totalidad.

En relación a los hechos calificados como robo refiere que, independientemente de la motivación que haya tenido el imputado, lo cierto es que sacó el bien de la esfera de custodia de su titular para ingresarlo a su propia esfera de custodia.

Así, el móvil que lo llevó a apoderarse del bien no modifica la conducta ni el resultado producido.

Agrega que es claro que la intención del imputado era someter la cosa al propio poder de disposición y sacarla de la esfera de custodia del titular, a tal punto que cuando hizo entrega del teléfono ante la presencia de personal policial le había quitado el chip y Sosa Godoy tuvo que pedir otro a la compañía de teléfono.

A su criterio, tales circunstancias no fueron valoradas por el a quo, pues de otro modo no se explica la finalidad que puede haber tenido el imputado al quedarse con el chip.

Discrepa con la valoración llevada a cabo por el juez al señalar que no existió violencia puesto que no meritó la utilización de la punta que portaba Roque Acevedo.

Entiende también que equivoca el juez de la instancia anterior al analizar el tipo penal de daño atribuido al imputado.

Considera que la valoración realizada por el juez resulta contradictoria puesto que si consideró cierta la versión de los testigos, no puede descreerles en relación al daño que aquellos detallan.

También considera que resulta contradictoria la afirmación del juez referida a que el daño fue insignificante o de mínima entidad luego de señalar que no había existido daño.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 218 el Procurador General mantiene el recurso promovido y a fs. 222 se remite y comparte los argumentos vertidos por el recurrente.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En primer término, entiendo que resulta necesario **analizar la admisibilidad formal del planteo recursivo**.

En este sentido considero que los argumentos desarrollados por el representante del Ministerio Público Fiscal resultan consistentes y encuentran respaldo en las constancias de autos y las normas que regulan el proceso y la ley sustantiva que determinan su **admisión formal**. Doy explicaciones.

Efectivamente, el recurso ha sido interpuesto contra una sentencia absolutoria dispuesta por el juez de un Tribunal Penal Colegiado, supuesto que se encuentra expresamente contemplado entre los casos de impugnabilidad por parte del Ministerio Público Fiscal en el inc. 2 del art. 476 CPP.

Asimismo, el recurrente formula adecuadamente la censura casatoria y expone los vicios en los que sustenta la crítica.

De manera tal, que a mi criterio resulta incuestionable la admisibilidad formal del recurso y la procedencia del dictado de sentencia que se expida sobre el fondo de la cuestión. Establecido ello y examinado el recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser acogido en atención a los motivos que paso a exponer.

De forma preliminar estimo necesario consignar el hecho atribuido al imputado, conforme la hipótesis acusatoria, consistió en el siguiente: «el día 13 de enero de 2019, siendo las 10:00 horas aproximadamente, Gonzalo Fabricio Roque Acevedo ingresó a la remisería Guadalupe, ubicada en calle Terrada 2216 de Godoy Cruz, solicitando un vehículo para realizar un viaje, ante la negativa de los empleados, es que se dirigió hacia afuera del local, donde se encontraba Luciano Franco Zazzarino Méndez, en calle Terrada y Cao Vírgenes levantó un pedazo de escoro grande del piso, le exhibió una punta con forma de T de color plateada, y mientras le amagaba con la punta en la zona abdominal, pecho y cara le dijo “te voy a matar”, “los voy a matar, les voy a cagar a tiros el local”.

Luego, Roque Acevedo ingresó al local, y se enfrentó al operador Franco David Sosa Godoy que se encontraba del lado interno del mostrador, y empezó a gritarle “te voy a matar, te voy a cagar a puntazos, voy a traer el fierro que tengo, una nueve y te voy a cagar a tiros”, mientras le amagaba con la punta a la altura del pecho, rompiendo a su paso un teléfono con la base plástica, dañando el mostrador con la punta del elemento que portaba, inmediatamente se apropió del celular marca Samsung J5, pantalla táctil color gris oscuro con bordes color plateados, con hip de la empresa Claro con nº 2617131640, de propiedad de Franco Sosa, se lo introdujo en el bolsillo y le manifestó “vení, sácame el teléfono si tenés huevos”, mientras seguía tirando puntazos evitando que la víctima se le acercara, retirándose con las res furtiva del lugar».

De lo expuesto entiendo que le asiste razón al recurrente en que los hechos endilgados por la acusación a Fabricio Roque resultan similares a aquellos que el a quo consideró acreditados.

Como se señaló, al establecer la plataforma fáctica el magistrado tomó como base los testimonios de David Franco y Luciano Zazzarino, relatos a los que calificó como serenos, desprovistos de animosidad, sin evidenciar interés en beneficiar o perjudicar a nadie, dotando a las manifestaciones de credibilidad y la versión brindada por cada uno de ellos como «razonable, objetiva y [que] por lo tanto, debe tenerse por cierta» (ver fs. 203).

De tal manera, el núcleo controvertido de la sentencia y eje de la crítica radica en la tipicidad de los hechos que se consideraron probados.

En este sentido, y en relación los hechos que fueron calificados como robo, tal como refiere el recurrente, el juez de instancia anterior señaló que el acusado en ningún momento exigió el imputado la entrega del celular, ni expresó que ello se trataba de un robo.

Agregó que en ninguna de las ocasiones exigió la entrega de un bien mediante el uso de un arma. Consideró, además, que las amenazas y la «supuesta» agresión no se relacionaban con el desapoderamiento de un bien.

Señaló que el tipo subjetivo no se había configurado puesto que la intención de desapoderar de un bien a alguien no fue realizada. Expresó que la toma del teléfono fue una provocación o venganza que no cumplía con la finalidad exigida por el tipo subjetivo del delito de robo. Reiteró que no existió exigencia indebida, ni violencia contra una persona, ya que los actos agresivos se llevaron a cabo antes y sin conexión con el desapoderamiento y, no existió fuerza en las cosas ni violencia en las personas.

Tampoco, a su criterio existió delito de hurto, ya que no se configuraba por carecer de la finalidad que ese tipo penal requiere y consideró superfluo expedirse sobre la consumación.

Finalmente señaló que el autor devolvió el bien pasado un escaso tiempo, y a una mínima distancia, aspectos que impidieron la disposición del mismo.

Respecto a los hechos encuadrados como daño, el sentenciante señaló que el requerimiento de elevación a juicio circunscribió el daño a la rotura de un teléfono con la base plástica y al mostrador de la remisería con un elemento punzocortante.

Agregó que debió observar las fotos de fs. 15 y 17 para evaluar el daño puesto que no se requirió la presencia de Policía Científica para establecer el alcance y entidad correspondiente. Analizó las fotografías y señaló que la fotografía N° 15 mostraba un auricular del teléfono, no la base de plástico.

Así, refirió que de aquella foto no surgía la afectación ya que la imagen mostraba un auricular abierto que con una simple presión volvía a cerrarse.

En tanto que en relación a los orificios que muestra la foto nº 17, señaló que no se podía conocer su antigüedad, profundidad ni diámetro, y que pese a las deficiencias descriptivas, se insistió en acusar por el delito de daño.

Analizó el hecho a la luz del tipo objetivo y consideró que el detrimento del mostrador – según las fotografías– no se trataba de un ataque grave a un bien jurídico y que no se configuraba en este supuesto el tipo objetivo del daño.

De lo expuesto, estimo que le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que al momento de llevar a cabo la ponderación de los elementos convictivos el juez de la instancia anterior no valoró de manera adecuada los elementos de prueba obrantes en la causa.

De tal manera, de haber llevado adelante una debida ponderación de tales elementos el resultado de la conclusión probablemente sería diverso.

No dejo de advertir que el recurso promovido alega una errónea aplicación de la ley penal sustantiva, sin embargo debe señalarse que la impugnación se basa en la arbitraria y contradictoria valoración de la prueba.

Es en este sentido que verificado tal error, esto es que la interpretación de los medios de prueba válidamente incorporados no se llevó a cabo con respeto a las reglas de la sana crítica racional, puesto que como se refirió se valoraron las testimoniales brindadas en audiencia de debate de forma sesgada, omitiendo considerarse aspectos que podrían hacer variar la decisión.

En este sentido debe destacarse la falta de ponderación de la referencia de Sosa Godoy relativa a que el celular le fue devuelto sin el chip, versión corroborada en parte por los dichos de Zazzarino y las fotografías ofrecidas como prueba.

De la declaración prestada por Franco Sosa surge que el celular lo recuperó cuando llegó la policía al sitio en que aquél encontró a Roque Acevedo luego de cometido el hecho.

En efecto, explicó el testigo que cuando Roque Acevedo vio a la policía, le pasó el celular y que le faltaba el chip. Agregó que perdió de vista al imputado y a su celular aproximadamente 20 o 25 minutos.

A preguntas que se le hicieron en relación al elemento punzocortante que llevaba Roque Acevedo, refirió que aquella era metálica y tenía como diez o quince centímetros de largo y en forma de T. Agregó también que al celular le dio de baja al celular y compró una línea prepaga (registro audiovisual de fecha 10/9/19 a partir del minuto 6.19).

Por su parte Luciano Zazzarino manifestó que el imputado se llevó el teléfono celular de su compañero y se lo devolvió cuando lo encontraron sentado en la puerta de una casa (registro audiovisual de audiencia de fecha 10/9/19 a partir del minuto 53.23).

En otro orden también se advierte motivación contradictoria en la resolución cuestionada, puesto que, si bien los relatos de Sosa Godoy y Zazzarino fueron calificados como creíbles y veraces al momento de reconstruir el hecho, ellos no fueron ponderados al momento de tener por probados los daños que aquellos describieron.

Con relación a los hechos calificados como daño entiendo también en este aspecto le asiste razón al recurrente en que a los fines de tener acreditado el hecho el a quo no valoró adecuadamente las testimoniales de Sosa Godoy y Zazzarino, que en forma coincidente refirieron el daño ocasionado al teléfono fijo de la remisería.

Así al prestar testimonial Sosa Godoy concretamente señaló que el acusado rompió los teléfonos y el parlante (registro audiovisual del día 10/9/19 minuto 45.10).

En tanto que Luciano Zazzarino señaló que con el elemento cortopunzante que portaba el imputado pegó en el mostrador y rompió el módem, el teléfono fijo y un parlante que «revoleó» (registro audiovisual de audiencia de fecha 10/9/19 a partir del minuto 53.23).

De lo expuesto se verifica la presencia del cuestionamiento formulado por el recurrente en torno a la motivación de la sentencia, resultando tales errores suficientes como para conducir a la anulación del debate, del acto procesal y los fundamentos.

Ello en tanto que no se han observado a su respecto las reglas de la sana crítica racional con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4) C.P.P.), careciendo de los recaudos que en forma constante ha exigido esta Sala para su validez (L.S. 344-170, 349-14, entre otros).

En atención a lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, considero que la primera cuestión obtiene respuesta afirmativa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Analizada la primera cuestión planteada, anticipo opinión en el sentido de que el recurso formulado **no logra superar la etapa de admisión formal**, motivo por el cual aquél debe ser **desestimado**.

Examinado el escrito recursivo interpuesto se desprende que la censura intentada deviene **sustancialmente improcedente**, toda vez que el recurrente no aporta razones que justifiquen la existencia de vicios en la resolución que amerite su anulación. Veamos.

En el caso en análisis, el recurso formulado cuestiona la decisión del Juzgado del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto absolvió a Gonzalo Fabricio Roque Acevedo de los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia, amenazas agravadas por el uso de arma y daño simple, todo en concurso real.

De esta forma y, desde un primer análisis, puede señalarse que el acto sentencial cuestionado es objetivamente impugnabile.

Ello, de conformidad con lo dispuesto por el **art. 475 del CPP**.

Por otro lado, debe referirse que el recurso casatorio interpuesto cumple con los requisitos de **impugnabilidad subjetiva**, en razón de haber sido deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal conforme las disposiciones del **art. 476, inc. 4 del CPP**.

Ahora bien, más allá de lo señalado, se advierte que los cuestionamientos formulados no pueden prosperar por cuanto se basan solamente en un criterio diverso al utilizado por el tribunal de juicio en la oportunidad de valorar el material probatorio en la causa en relación con la acreditación de los hechos atribuidos y su encuadre legal.

Ello, por cuanto el recurrente no logra controvertir de manera adecuada los argumentos expuestos por el a quo, sino que plantea una crítica que no supera la mera discrepancia con el modo de resolver los hechos traídos a examen.

Dicho de otro modo, aun cuando en la crítica recursiva se cuestionan las valoraciones del juez de la anterior instancia al disponer la absolución del acusado mediante la atribución de arbitrariedad en la fundamentación, los planteos del recurrente se basan en su particular interpretación de las constancias de la causa, así como de la normativa aplicable.

El recurso, formulado de tal manera, no logra, como se anticipó, demostrar una arbitrariedad en la decisión que critica que justifique la solución reclamada (**ver al respecto, Fallos 310:1465; 326:2575; 328:110 y 328:4605**).

En este sentido se ha expedido esta Sala Segunda al señalar que los defectos del acto jurisdiccional, para su anulación, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (sobre ello, **“Díaz López”, “Donoso Aguilera”, “Porcel Valero”, “González Ortega” y “Ortíz Quiroga”, “Moreno Almazán”, “Mora Sebastián”, “Coz Luna”, “Salas Romero”, entre muchos otros**); lo que en la especie no ocurre.

Ello, en función de lo señalado por la CSJN en cuanto a que la atribución de arbitrariedad a una sentencia resulta de aplicación particularmente restringida en aquellos supuestos en que la decisión se apoya en el beneficio de la duda (**Fallos 307:1456**).

Por todo lo expuesto, y toda vez que los argumentos expuestos en el recurso no logran rebatir los argumentos señalados en la sentencia por Tribunal Penal Colegiado N° 1, corresponde desestimar el recurso impetrado. **ASÍ VOTO**.

Voto Dr. Adaro. Adhiere al voto que antecede.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: En atención al resultado de la votación que antecede, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación promovido por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados, a fs. 207/211 vta.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

8- QUEVEDO ASTUDILLO. 15-04-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	AI	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 42 y 44 del CP. Art. 359, 418, 474 inc. 1 del CPP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Tentativa. JAI cuestionado.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años y cuatro meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación sosteniendo que la jueza inferior, a través de una fundamentación arbitraria, aplicó la pena más gravosa para el acusado, alejándose con ello de la jurisprudencia reciente que establece el modo en que debe interpretarse el art. 44 del CP en cuanto al modo en que deben disminuirse las escalas penales aplicables para aquellos casos de delitos en grado de tentativa, lo que se logra disminuyendo la escala penal a un tercio del mínimo y a la mitad el máximo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6498, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 306:262; 314:451; 314:791; 321:1328; 322:1605

Precedentes relacionados.

a-SCJM. JAI cuestionado

- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcIGA.pdf
- Quevedo Astudillo. 15-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>
- Céspedes. 19-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Fernández Rosales. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcFernandez.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguéz. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>

- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05375286-6/1((018501-11980)) FC/ QUEVEDO ASTUDILLO LUIS MIGUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA IMPROPIA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105548354*

En Mendoza, a los quince días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05375286-6/1 caratulada “F. C/ QUEVEDO ASTUDILLO, LUIS MIGUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA IMPROPIA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 169/177 la defensa de Luis Miguel Quevedo Astudillo interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 6498 de fecha 22 de junio de 2020 (fs. 168 y vta.) y sus fundamentos que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado final– a la pena de tres años y cuatro meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa (art. 166 inc. 2 párr. 1 primer supuesto y art 42, ambos del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-11980/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, en lo que aquí interesa, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal, esto es, que «[p]ara fecha 6 de febrero de 2020, siendo aproximadamente las 20:30 horas, Quevedo Astudillo [Luis Miguel], abordó a la víctima Esther Marina Alderete en calle Irigoyen y San Martín de Colonia Bombal, Maipú, lugar donde se encuentra una parada de colectivos, le colocó en la panza un cuchillo tipo tramontina con mango de madera color marrón, de 15 cm. de longitud, le cortó la tira de la cartera color marrón que llevaba colocada, cuyo interior [con]tenía: dos mil pesos argentinos en efectivo, formado por billetes de \$200 (doscientos pesos argentinos) y de \$100 (cien pesos argentinos), varias monedas, un auricular negro de celular marca LG, dos aros plateados, un piercing plateado, un lente de sol marco plástico color marrón marca Azzaro, un lente recetado, una tarjeta de colectivos red bus, dos lapiceras azules marca Bic, una libreta de papel marca Avon, un celular marca Samsung J5 Prime, color negro, número 2616265201 de la empresa Claro, y se dio a la fuga corriendo con la res furtiva. La víctima lo siguió hasta la casa donde Quevedo se escondió, dio aviso al CEO. Posteriormente, personal policial de la Comisaría 49° procedió a su aprehensión a 180 mts. del lugar [del hecho], encontrándose con los elementos sustraídos» (ver registros audiovisuales, “audiencia 15/07/2020, parte I”, a partir de 00:16:38).

Para llegar a esa conclusión, en primer orden, la jueza a quo estimó procedente el juicio abreviado final solicitado por las partes, por estimar cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en los arts. 359 y 418 del CPP.

En ese sentido, adujo que «[l]as partes han arribado a un acuerdo: el Ministerio Público Fiscal ha prestado su consentimiento para que se realice este criterio de oportunidad, y el encartado ha reconocido los hechos y aceptado su responsabilidad en los mismos, aceptando la pena que ha sido pactada» (a partir de 00:15:38).

Seguidamente, interpretó que los elementos de prueba reunidos en la causa conformaban un plexo sólido que confirma la hipótesis acusatoria sostenida en la teoría del caso por el representante fiscal.

En especial, ponderó el acta de denuncia de fs. 1/2, cuyos términos estimó respaldados con los restantes elementos de prueba los que, en su conjunto, avalaba periféricamente los dichos de la víctima, entre los que destacó: el acta de procedimiento de fs. 5/6, el croquis ilustrativo de fs. 7, el acta de aprehensión de fs. 8, las vistas fotográficas de fs. 10/12, el acta de secuestro de fs. 13/15, el acta de visu de fs. 20 y, por último, el acta de exhibición y entrega de bienes a la denunciante de fs. 21 (00:16:40).

En función de todo ello, convalidó el cambio de calificación legal sobre los hechos intimados que fuera propuesta por la acusación, encuadrando los mismos en el delito de robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa, ilícito previsto y penado en el arts. 166, inc. 2, párr. 1°, primer supuesto y 42, ambos del CP.

Finalmente, la jueza a quo estimó que la pena convenida por las partes, y aceptada por el acusado –tres años y cuatro meses de prisión– superaba el control de legalidad, entendiendo que el monto punitivo peticionado resultaba justo y equitativo (a partir de 00:27:12; y a partir de 00:00:22, “audiencia 15/07/2020, parte II”).

2.- El recurso de casación

La defensa del encausado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello con fundamento en el art. 474 inc. 1 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado adolece **de vicios in iudicando** que, a su criterio, lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

Se agravia el defensor al considerar que la jueza inferior, a través de una fundamentación arbitraria, aplicó la pena más gravosa para el acusado, alejándose con ello de la jurisprudencia reciente que establece el modo en que debe interpretarse el art. 44 del CP en cuanto al modo en que deben disminuirse las escalas penales aplicables para aquellos casos de delitos en grado de tentativa.

Razonamiento que, a su criterio, se aparta de las constancias probatorias de la causa, atenta contra los principios de interpretación restrictiva y de la duda, y convierte el fallo condenatorio en ilógico, carente de sentido común, de congruencia y de razonabilidad, violando el derecho de defensa del acusado y del debido proceso legal.

Luego de describir sucintamente alguno de los criterios de interpretación de la normativa legal aludida, considera que los jueces deben **aplicar el que resulta más benigno** para la situación procesal del encausado. En su caso, entiende que esa cualidad la ostenta aquel mediante el cual se propone reducir en la mayor medida posible la sanción aplicable, lo que se logra disminuyendo la escala penal a un tercio del mínimo y a la mitad el máximo legal correspondiente.

En función de ello, solicita se anule la sentencia impugnada en cuanto a la pena impuesta y, en consecuencia, se condene a Quevedo Astudillo a la pena de dos años y seis meses de prisión, ordenándose el recupero inmediato de la libertad.

Finalmente, hace expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General subrogante

El señor Procurador General subrogante, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no debe prosperar, en tanto

la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos. Advierte que en autos se cumplió acabadamente con el procedimiento previsto en el rito penal para el juicio abreviado, lo que deja sin sustento las pretensiones del impugnante.

Señala que los registros audiovisuales de la audiencia de debate celebrada dan cuenta que las partes solicitaron que la causa se resuelva mediante la aplicación de ese tipo de procedimiento, acordando el cambio de la calificación legal de los hechos –delito tentado– y el monto de la pena a aplicar.

Refiere que en esa oportunidad, el acusado no sólo consintió la aplicación del instituto en cuestión sino que, además, admitió su responsabilidad en los hechos objeto de la acusación y la pena pactada.

Aduna a la solución propuesta que la disconformidad que ahora expone el recurrente no habilita la revisión en esta instancia si se tiene en cuenta que el propio impugnante, en la audiencia celebrada, ratificó expresamente lo expuesto por el representante fiscal, agregando que consideraba justo el acuerdo alcanzado. Por otro lado, destaca que la pena convenida entre las partes, cualquiera sea el criterio que se siga a los fines de la disminución, se encuentra comprendida dentro de la escala aplicable según el tipo de delito por el que se lo acusa al imputado.

Además, señala que la jueza interviniente homologó el acuerdo al entender que existían razones para convalidar la imposición del monto punitivo acordado, según las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP, motivo por el que otorgó la homologación del acuerdo.

En base a todo ello, solicita se convalide en su totalidad la sentencia impugnada, desde que la misma no se muestra como arbitraria ni carente de motivación como lo alega el recurrente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto no puede recibir acogida favorable en esta instancia, debiendo confirmarse en todos sus términos la resolución en examen.

La solución que adelantara en el párrafo precedente se justifica desde que los cuestionamientos esgrimidos por el defensor del acusado no constituyen una crítica razonada de la sentencia, sino una mera discrepancia asentada en opiniones e interpretaciones personales del recurrente que, si bien se justifican desde los intereses que representa, carecen en sí mismas de argumentos sólidos y convincentes para hacer decaer, de algún modo, la validez jurídica de la pieza atacada.

Por el contrario, advierto que la sentencia en crisis, por la que se condena al acusado mediante la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, cumple satisfactoriamente con los recaudos legales exigidos para constituir un acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de vicios que determinen su anulación.

Conforme se desprende de las constancias actuadas de la causa, la jueza del tribunal de la instancia anterior, en el marco de la audiencia de finalización de juicio directísimo, hizo lugar a la solicitud efectuada por las partes de resolver el caso bajo la modalidad de juicio abreviado, expresando oralmente los fundamentos que acompañan el fallo condenatorio aquí cuestionado.

La reproducción del soporte audiovisual correspondiente comprueba en ese sentido el adecuado cumplimiento de la normativa legal pertinente, lo que despeja todo margen de duda que pretenda plantearse sobre lo así resuelto.

Ello así pues la sentencia respeta acabadamente la voluntad de los litigantes, expresada en los términos del acuerdo alcanzado en cuanto a los aspectos relevantes de la acusación, esto es, en orden a los hechos

intimidados, la calificación legal bajo la cual resultaron –en definitiva– subsumidos los mismos y, en especial, en cuanto al monto de la pena convenido entre las partes.

Dicho en otros términos, el tribunal a quo proyectó en los fundamentos y en la parte resolutive de la sentencia todo lo acordado entre el Ministerio Público Fiscal, la defensa y el encartado, y condenó a este último por los hechos y calificación legal acordada y en la medida de lo convenido, ajustando su actuación en evidente apego a las prescripciones legales correspondientes contenidas en la manda procesal.

No se advierte aquí ningún vicio de arbitrariedad, como lo pretende el recurrente, pues la motivación del fallo cuenta con una exposición oral adecuada, prolija, pormenorizada y completa de cada uno de los razonamientos en los que se sostiene –y justifica– el fallo condenatorio censurado. Lo antedicho se comprueba fácilmente a través de la reproducción de las constancias audiovisuales que contienen los fundamentos orales del fallo condenatorio.

Por un lado, la jueza a quo declaró procedente la aplicación del procedimiento abreviado (ver registros audiovisuales, audiencia del 15/07/2020, primera parte, a partir de 00:16:38) luego de comprobar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales que hacen a su procedencia: el representante fiscal interviniente solicitó la aplicación de este criterio de oportunidad (00:01:50/00:08:30), lo que contó con la ratificación expresa del defensor técnico (00:08:35/00:09:10) y del propio acusado (a partir de 00:09:56/00:10:48).

En ese orden, se observa que el órgano acusador describió detalladamente el contenido del acuerdo de juicio abreviado alcanzado y propuesto al tribunal de mérito, para lo cual, describió la conducta atribuida al acusado, la calificación legal asignada y el monto de pena cuya imposición se solicitaba, esto es, tres años y cuatro meses de prisión.

A su turno, la defensa ratificó completamente los términos de tal convenio, refiriéndose al mismo como un «acuerdo justo» (00:08:59).

Posteriormente, la jueza a quo interrogó a Quevedo Astudillo sobre su voluntad de concluir la causa a través de la aplicación de un juicio abreviado, respecto de su reconocimiento del hecho objeto de la acusación fiscal y su participación en el mismo y, en especial, en cuanto a si aceptaba el monto de penalidad convenido, preguntas respondidas en su totalidad de modo asertivo por el acusado (a partir de 00:10:17) admitiendo –de este modo– la imputación atribuida (art. 418 del CPP).

Con lo cual, no cabe ninguna duda de que todas las partes del proceso tuvieron un conocimiento pleno sobre los términos de lo acordado, no verificándose en este sentido algún elemento que permita, siquiera, sospechar respecto de la presencia de vicios en el consentimiento del acusado, ni mucho menos que la sentencia haya prescindido del mismo o apartado de lo convenido.

Por otro lado, ya superados los requisitos que hacen a la procedencia formal del instituto en cuestión, la jueza también se encargó de fundar suficientemente la concurrencia de los extremos fácticos y jurídicos que conformaron la teoría del caso esgrimida por el agente fiscal.

En punto a la **materialidad de los hechos intimidados y a la responsabilidad penal** que le cupo en ellos al acusado, la sentencia se respaldó en el examen y valoración adecuados del material probatorio reunido en autos durante la etapa de la investigación penal preparatoria, en una labor ponderativa que lejos está de constituir un supuesto de motivación arbitraria o aparente, desde que cada una de las piezas que constituyó el plexo luce justipreciada de acuerdo a los postulados de la sana crítica racional, conformando un entramado probatorio suficiente para concluir positivamente en que el hecho existió y que el acusado fue autor material del mismo.

Todo ese desarrollo argumental es expuesto a través de un razonamiento expresado de forma clara, precisa y completa, en el que las proposiciones integran un silogismo del que se infiere –sin duda alguna– la conclusión a la que se llegó.

Idéntica conclusión se impone en la lógica argumental seguida por la jueza a quo en el análisis de la calificación legal dentro de la cual resultó subsumida penalmente la conducta del acusado, así como también, en cuanto al monto de la pena finalmente impuesto –aspecto esencial para la solución adelantada al comienzo del presente acápite–.

En ese orden, la sentencia recepta el cambio de calificación propuesto por el acusador fiscal –asentido también por el defensor del acusado– cuando sostuvo que el hecho enrostrado no había trascendido la etapa del conato dentro del iter criminis y condena a Quevedo Astudillo al monto de penalidad acordado entre las partes, esto es, tres años y cuatro meses de prisión.

Sobre este último punto cabe mencionar que el tribunal de la instancia anterior aplicó la pena solicitada por las partes de manera automática, esto es, por el sólo hecho de haber formado parte del acuerdo de juicio abreviado. Sino que, además de ello, se encargó de justificar su decisión, exponiendo los motivos por los que estimó que resultaba «justa y equitativa» (00:27:31) valorando, entre otros aspectos, las circunstancias del hecho y las condiciones personales del enjuiciado.

Repárese que ese tramo de la audiencia comprueba con palmaria claridad que las pretensiones de las partes en cuanto al monto de la pena a imponer resultó enteramente coincidente.

Ello pues, tanto el representante fiscal, como el acusado y su defensor se pronunciaron en el mismo sentido sobre este extremo, solicitando conjuntamente que se condenara a aquél a la pena de tres años y cuatro meses de prisión por el delito atribuido; penalidad que, como se expuso en el párrafo precedente, fue la que finalmente se impuso.

Comparto en este sentido lo dicho por el Procurador General subrogante en su dictamen en cuanto a que, si la voluntad del defensor y del acusado hubiera sido obtener una penalidad diferente, así debieron expresarlo durante la audiencia oral, sea discutiéndolo en la oportunidad de celebrar el acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, o no peticionando la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final.

Tanta fue su conformidad con el monto de pena pactada que la reproducción del soporte digital de la audiencia respectiva da cuenta que el letrado –hoy recurrente– **calificó el acuerdo alcanzado de «excelente», agradeciendo lo convenido al agente fiscal y al tribunal** (ver registros audiovisuales, “audiencia 15/07/2020, parte II”, a partir de 00:06:21).

Me persuade a resolver del modo adelantado en que, además de todo lo antedicho, sea cual fuere la interpretación que se propicie en cuanto a la disminución legal prevista en el código de fondo para los delitos en grado de tentativa (art. 44 del CP), el monto acordado entre las partes se encuentra comprendido dentro de cualquiera de las escalas penales que, en su consecuencia, se conformen.

En resumen, más allá de las consideraciones efectuadas por el impugnante para respaldar su pretensión, las constancias de autos permiten sostener válidamente que el imputado, con la asistencia técnica de su defensor, luego de ser debidamente informado por la jueza de sentencia sobre los términos del acuerdo alcanzado con el Ministerio Público Fiscal, no sólo consintió la aplicación del procedimiento abreviado sino que, además aceptó expresamente la imputación formulada en su contra y la penalidad convenida.

Tal manifestación de voluntad no aparece afectada de alguna manera que haya permitido despojarla de libertad.

Así, el contenido sustancial de la pieza atacada a través del recurso de casación recoge el acuerdo de juicio abreviado solicitado, y resuelve conforme a los términos pactados y los elementos de prueba producidos durante la investigación.

Por todo ello, al advertir que la resolución recurrida se encuentra fundada y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad fáctico o normativo (Fallos 306:262;314:451) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impidan su calificación como acto jurisdiccional válido (Fallos:314:791; 321:1328; 322:1605), debe rechazarse la impugnación deducida.

Con lo cual, en sentido coincidente con el señor Procurador General subrogante, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose así la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Luis Miguel Quevedo Astudillo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

9- BRIZUELA VALDERRAMA y ot. 20-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=539>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2° e inc. 4 en función del art. 163 inc. 4°; 54 del CP. Art. 76 ter del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Escalamiento. Concurso real. Valoración de la prueba. Credibilidad del testimonio. Revocación de SJP.

Summa:

El **TPC** condenó a Héctor Iván Gutiérrez Lorenzo a la pena de **cinco años y seis meses de prisión**, a Daniel Alberto Orozco Rosales a la pena de **seis años y seis meses de prisión** y a Roberto Carlos Brizuela Valderrama a la pena de **seis años de prisión**, por el delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y robo agravado por escalamiento, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2°, 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° y 54 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. Cuestiona la autoría de los acusados en base a la valoración probatoria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1.169, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.

(J.A.F)

Fallo:

CUIJ: 13-05387930-0/1((018602-23846)) FC/ BRIZUELA VALDERRAMA ROBERTO CARLOS, GUTIERREZ HECTOR Y OROZCO ROSALES DANIEL ALBERTO P/ ROBO AGRAVADO (23846) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105561962*

En Mendoza, a los veinte días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05387930-0/1, caratulada “F. C/ BRIZUELA VALDERRAMA, R. Y OTS. P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA, ROBO AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA Y ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO, TODO EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSE V. VALERIO.

La defensa técnica de los imputados Héctor Iván Gutiérrez Laurenzo, Daniel Alberto Orozco Rosales y Carlos Brizuela Valderrama interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.169 (fs. 510/511) y sus fundamentos, en cuanto condena a Héctor Iván Gutiérrez Laurenzo a la pena de cinco años y seis meses de prisión, a Daniel Alberto Orozco Rosales a la pena de seis años y seis meses de prisión y a Roberto Carlos Brizuela Valderrama a la pena de seis años de prisión, por el delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y robo agravado por escalamiento, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 167 inc. 2°, 167 inc. 4° en función con el art. 163 inc. 4° y 54 del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P-23.846/19 por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] el día 29 de marzo de 2019, siendo aproximadamente las 9:00 hs., en el domicilio sito calle Bellavista N° 4603 de Perdriel, Héctor Iván Gutiérrez Laurenzo, alias «Bebé», Alberto Orozco Rosales, alias «Ventana» y Roberto Carlos Brizuela Valderrama, previo escalar la pared medianera situada al oeste de la propiedad, en la que se encuentra una churrasquera, ingresaron al interior del inmueble mencionado, momentos en que Stella Maris Olgún escuchó sus perros ladrar y abrió la puerta de entrada de su domicilio, es cuando Héctor Iván Gutiérrez Laurenzo, alias «Bebé», ingresó al interior de la vivienda de la víctima, y previo colocarle en el vientre un elemento oscuro, le manifestó: “No grites porque te voy a matar, no llares a tu mamá porque las vamos a matar a las dos»”.

A continuación, ingresó Daniel Alberto Orozco Rosales, alias «Ventana», con un cuchillo tipo tramontina, y entre los dos arrojaron al suelo a Stella Maris Olgún, y le propinaron golpes de puño y patadas en el cuerpo, para luego tomarla de los pelos, ocasionándole [...], con un tiempo probable de curación e

incapacidad laboral para el trabajo menor a un mes. En dicha circunstancia, Roberto Carlos Brizuela Valderrama ingresó al domicilio antes mencionado, comenzó a revisar el mismo, y es cuando la víctima logró gritar, llamando a su madre, que vive en la casa colindante, y en momentos que ésta abrió la puerta de su domicilio, Héctor Iván Gutiérrez Lorenzo, Daniel Alberto Orozco Rosales y Roberto Carlos Brizuela Valderrama se dieron a la fuga, previo sustraer una garrafa de 10 kilogramos color verde, con la inscripción 000016, un juego de llaves con una llave paleta metálica color dorada, una llave color gris paleta simple, una llave de vehículo marca Peugeot 208 y una llave de vehículo marca Ford K».

Para así decir, el tribunal de la instancia previa valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Stella Maris Olguín, Beatriz Olguín, Alexis Mercado Pérez y Andrés Persia Ruiz, el acta de procedimiento de fs. 10/11 y los demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Héctor Iván Gutiérrez Lorenzo, Alberto Orozco Rosales y Roberto Carlos Brizuela Valderrama promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por los arts. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En el aspecto formal, sostiene que el plexo probatorio no alcanza para sostener la certeza positiva respecto a la autoría de sus defendidos en el hecho por el cual se los condenó.

En tal sentido, sostiene que el tribunal de sentencia para llegar a la conclusión condenatoria se basó en diferentes pruebas valoradas de manera arbitraria y contrariando el debido proceso legal. En tal sentido, cuestiona que la presunta víctima, Stella Maris Olguín, en su declaración en audiencia de debate dio una versión confusa y ambigua con relación a lo manifestado durante la investigación preparatoria, sembrando la duda en cuanto a la autoría del ilícito sufrido, en especial, a la participación de Orozco Rosales y Carlos Brizuela. Destaca que durante el debate la víctima Stella Maris Olguín dijo que los autores tenían borcegués de trabajo y la cara cubierta, sin embargo no se logró el secuestro de este tipo de calzado.

Por el contrario, sus defendidos al momento de la aprehensión calzaban zapatillas, conforme surge de las actas de visu. Asevera como otra incoherencia, que durante la investigación penal preparatoria la víctima dijo que a los autores los conocía por sus apodos, no obstante en el debate sostuvo que, salvo a Iván que era su vecino, a los otros dos sujetos no los conocía.

Señala que Stella Maris Olguín aseguró que cuando la llevaban al hospital pudo observar a su vecino Iván, a quien personal policial lo tenía retenido contra el móvil, y lo reconoció como a uno de los autores del hecho por la campera.

Sin embargo, advierte que no se le encontró en sus prendas manchas hemáticas, signos de haber participado en una golpiza, ni tampoco se le secuestró parte de la res furtiva, pese a haber sido aprehendido a pocos minutos de acontecido el hecho.

Del mismo modo, afirma que la hermana de la víctima, Gisela Beatriz Olguín, declaró en la audiencia de debate que a los sujetos los vio desde atrás cuando saltaban la medianera de su hermana, aclarando que estaban encapuchados.

Señala que atento a la contradicción en que incurrió la testigo durante el plenario, el fiscal tuvo que leer su declaración realizada durante la investigación que rola a fs. 247 vta y fs. 248. Ante ello, se limitó a decir que uno tenía la campera del «Tomba» y que Iván usaba ese tipo de campera.

Advierte que el sentenciante no tuvo en cuenta esta circunstancia contradictoria, como así tampoco, que en ningún momento les vio el rostro a los sujetos.

Cuestiona también que el juez de sentencia no consideró las contradicciones existentes en el acta de procedimiento y que fueron señaladas oportunamente por su parte, en donde los actuantes consignaron circunstancias diametralmente opuestas a las acontecidas.

Asegura que el sentenciante no sólo desoyó las críticas efectuadas en este punto sino que, además, al momento de resolver se apoyó en este elemento probatorio para considerar la existencia de certeza en la ocurrencia del hecho por el cual resultaron condenados sus asistidos.

Cuestiona que el tribunal de sentencia tomó de las actas de denuncia y declaraciones de la investigación penal preparatoria los fragmentos que le servían para condenar a sus defendidos.

A modo de ejemplo, señala que la víctima durante la investigación dijo que las llaves que le fueron sustraídas tenían también las de su bloquer de trabajo, no obstante del acta de secuestro se desprende que eran dos llaves, una de paleta color dorado y otra de color gris con paleta simple.

Así, considera que ello demuestra que el sentenciante hizo una valoración arbitraria de las pruebas y que, en su afán de condenar, no consideró numerosas irregularidades en el procedimiento.

Con relación a las llaves secuestradas por personal policial, señala que ningún testigo pudo asegurar que las llaves secuestradas a Brizuela pertenecían a la vivienda de la víctima.

Indica que durante la celebración del debate, esa defensa aportó un testigo, Gastón Chacón, quien dio cuenta que las llaves secuestradas eran de su propiedad, y se las había prestado a Brizuela para bañar a sus hijos, dado que éste no tenía agua caliente en su casa.

Con relación a la garrafa secuestrada en la vivienda de Orozco Rosales, cuestiona que el juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que era la sustraída de la casa de la víctima, sin realizar ningún reconocimiento y en base a las características generales brindadas por ésta, quien tampoco acreditó su titularidad.

Asegura que en el lugar del hecho, policía científica no encontró ningún indicio que permita afirmar la presencia de sus defendidos en la escena del crimen.

Cuestiona también la defensa las circunstancias en que se realizó la aprehensión de los imputados, en especial la de los acusados Brizuela y Orozco. Critica la declaración testimonial prestada por los distintos efectivos actuantes, quienes no fueron precisos al describir el rol que cumplió cada uno en aquella oportunidad.

Por otro lado, se agravia que el juez de la instancia anterior no valoró adecuadamente el descargo que efectuaron sus defendidos y las pruebas que acompañaron para avalar sus dichos.

Con base a lo expuesto solicita se revoque la sentencia cuestionada y se resuelva a favor de la absolución de los acusados del delito atribuido.

En el aspecto sustancial advierte un error en la interpretación del art. **76 ter del CP**.

Ello por cuanto en la sentencia que se impugna se condenó al acusado Orozco Rosales por los hechos perpetrados en los autos N° P-23.846/19 y su acumulado P-30.477/18. Sin embargo, sostiene que en la última de las causas, donde al imputado se le otorgó el beneficio de la suspensión de juicio a prueba por el término de dos años en fecha 26 de noviembre de 2018, no debió ser revocada en tanto ello no procede por la comisión de un nuevo hecho en el que no ha recaído sentencia condenatoria firme.

Por las razones expuestas, solicita se revoque la sentencia cuestionada y se absuelva a sus defendidos por no acreditarse sus participaciones en el hecho atribuido.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría de los imputados, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el tribunal de sentencia.

Precisa que el sentenciante a través del análisis de los testimonios recabados y la prueba instrumental incorporada al debate, pudo reconstruir la dinámica de los hechos y el rol que le cupo a cada uno de los condenados.

Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar.

Paso a explicarlo.

Ante todo debo señalar que de la lectura de los fundamentos del dictum cuestionado surge que el tribunal de sentencia valoró adecuadamente y de manera integral cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento del sentenciante vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

Dicho esto, advierto que la defensa dirige su crítica a cuestionar la autoría de los acusados en el hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, las distintas declaraciones brindadas por la víctima, Stella Maris Olguín.

De este modo, el recurrente cuestiona en primer orden, la **credibilidad del testimonio** brindado por la víctima Stella Maris Olguín.

En tal sentido, asevera que la víctima en su declaración en audiencia de debate dio una versión confusa y ambigua con relación a la sindicación de los acusados como autores del hecho, en especial, a la participación de Orozco Rosales y Carlos Brizuela.

Al respecto, precisa que ante la pregunta del Ministerio Fiscal sobre si pudo reconocer el día del hecho a los autores, la testigo manifestó «sí ,me imagino que son ellos tres», en referencia a los acusados que se encontraban en el debate.

Además, cuestiona que el juez de sentencia al condenar tuvo en cuenta sólo lo manifestado por la testigo en la etapa de la investigación preparatoria.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia, por cuanto el juez de sentencia dio adecuadas razones para otorgarle fuerza convictiva a la declaración testimonial prestada por la víctima en audiencia de debate, la que fue debidamente corroborada con la prueba periférica que dio sustento a sus dichos.

Al respecto, el juez sentenciante entendió que la víctima fue categórica al describir no sólo las circunstancias modales en que aconteció el hecho, sino también el rol que cumplió cada uno de los acusados (ver registro audiovisual, día 3/07/20, minuto 20:20).

De este modo, el juez de la instancia previa valoró que la víctima precisó que el sujeto que ingresó en primer orden fue Gutiérrez Lorenzo, a quien conocía como Iván, alias el «Bebé», en tanto a los otros dos sólo los conocía por el sobrenombre. Precisó que en segundo orden ingresó a la vivienda un sujeto a quien conoce como «el Ventana» quien, si bien tenía puesto un pasamontañas, lo reconoció por «los ojitos claros», en tanto que respecto al sujeto que ingresó en tercer lugar, a quien describió como «el más rellenito», dijo que supo que era Carlos, ya que siempre se junta con «el Ventana» en la casa de Estela, que es la pareja de éste último (ver, a partir del minuto 23:18).

Con relación al acusado Iván Gutiérrez Lorenzo, el juez de la instancia anterior también ponderó que cuando la víctima era trasladada en el móvil al centro de salud pudo observar al primer sujeto que ingresó a su vivienda –quien vestía una campera azul–, contra el móvil policial, y a quien reconoció como su vecino Iván, alias el «Bebé» (ver, minuto 22:50).

Conforme a lo señalado, y al no encontrar vicio alguno en el razonamiento del juez de la instancia previa, considero que estos primeros agravios expuestos por la defensa, y que fueran analizados, no pueden prosperar.

Tampoco resulta procedente el agravio vinculado a la circunstancia de que no se encontró en las prendas de Gutiérrez Lorenzo manchas hemáticas, como signo de haber participado en una golpiza, ni tampoco se le secuestró ninguno de los elementos supuestamente sustraídos, pese a haber sido aprehendido a pocos minutos de acontecido el hecho.

Ello por cuanto el censurante no explica debidamente la decisividad de tales circunstancias a la luz del conjunto de indicios tenidos en consideración por el juez de sentencia para llegar a una solución condenatoria en relación con el acusado Gutiérrez Lorenzo.

A ello se suma que –de acuerdo al relato brindado por la víctima– los tres acusados ejercieron violencia contra Olguín y fue Brizuela Balderrama quien forcejeó con la víctima con un cuchillo, ocasión en que ésta resultó con una lesión en la mano.

Por otra parte, y tal como se analizará a continuación, la mayoría de los elementos sustraídos fueron secuestrados por personal policial en poder de los otros dos acusados.

De tal manera, entiendo que todas estas circunstancias evidencian que los indicios propuestos por la defensa como relevantes en orden a desacreditar la participación del acusado Gutiérrez Lorenzo en el hecho que se le atribuye no tienen la fuerza convictiva pretendida.

Del mismo modo, considero que no puede ser recibo en esta instancia los agravios vinculados al testimonio prestado por la hermana de la víctima, Gisela Beatriz Olgúin, en la audiencia de debate. Al respecto, la defensa señala que ante la contradicción en que incurrió la testigo durante la audiencia de debate. Allí declaró que vio a los sujetos desde atrás y que estaban encapuchados.

A instancia del representante del Ministerio Público Fiscal se leyó lo declarado por la testigo en la etapa de la investigación.

La defensa asegura que ante ello, Gisela Olgúin sólo se limitó a decir que uno de los autores tenía la campera del «Tomba» y que Iván usaba ese tipo de campera.

Advierte que el a quo no tuvo en cuenta esta circunstancia contradictoria, como así tampoco, que en ningún momento les vio el rostro a los supuestos autores.

Así, de las constancias que se desprenden de los registros audiovisuales, se advierte que la lectura de la referida declaración testimonial no tuvo como causa una contradicción en el relato de Olgúin, y que fue solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal a fin de ayudar la memoria de la testigo en la descripción que en tal oportunidad brindó sobre la vestimenta de los sujetos y los objetos que portaban en el momento en que emprendían su huida.

De este modo, Gisela Olgúin en audiencia de debate sólo refirió que el día del hecho pudo observar que uno de los autores vestía una campera de color azul del «Tomba», lo que sumado a las características físicas de este sujeto, le permitió concluir que se trataba de su vecino Iván Gutiérrez, alias el «Bebé», ya que éste siempre vestía esta campera.

Aclaró que ello fue corroborado, ya que aproximadamente a los quince minutos de acontecido el hecho, la personal policial encontró cerca de su casa, «saliendo de los yuyos», a Gutiérrez quien vestía la misma campera. Agregó que el acusado les manifestó a los policías que «él no había entrado a la casa», actitud que, por sospechosa, suscitó su aprehensión por parte de los actuantes.

En definitiva, de la lectura de la referida testimonial –la que fue ratificada por la testigo en todos sus términos– se agregó que uno de los sujetos tenía una mochila color morado tipo bolso y otro de los sujetos vestía una campera de color roja (ver registro audiovisual, día 28/11/19, a partir del minuto 39:15). Como se advierte, no existe contradicción en los términos de ambas declaraciones sino que, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, se complementan.

Por su parte, el juez de la instancia anterior ponderó de este modo el testimonio de Gisela Olgúin, respecto del cual agregó que los términos referidos por la testigo fueron plasmados por personal policial en el acta de procedimiento que rola a fs. 10/11 (ver, a partir del minuto 25:00).

En otro orden, cuestiona también la defensa la forma en que se realizó la aprehensión de Brizuela y Orozco, en tanto ésta se llevó a cabo pasadas dos horas de acontecido el hecho y con base a la información proporcionada por vecinos de que los supuestos autores habían sido vistos en un domicilio.

Agrega que, sin embargo, el personal policial actuante en tal oportunidad al declarar en el debate, si bien ratificaron su firma en el acta de procedimiento, no pudieron dar cuenta de su actuación en concreto, aludiendo que fue un acto complejo.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no alcanza para enervar las conclusiones a las que llegó el sentenciante en este tópico.

Ello por cuanto el censurante, por un lado, no explica la decisividad de tales circunstancias y, por otra, omite considerar otros elementos que se desprenden de la actuación policial que fueron debidamente ponderados por el sentenciante como relevantes en orden a acreditar la participación de los acusados en el hecho atribuido.

De este modo, el juez de la instancia anterior destacó la declaración del efectivo actuante Alexis Mercado Pérez quien sostuvo que al llegar al lugar en apoyo de otras movilidades, inició la persecución de dos de los sujetos que fueron sindicados como autores del hecho.

Precisó que éstos fueron los mismos que aproximadamente una hora y media después fueron aprehendidos en el domicilio donde secuestraron parte de los elementos sustraídos: la garrafa y las llaves –debe aclararse que estas últimas fueron secuestradas en poder de Brizuela Valderrama–, como así también, dos de los elementos que portaban los autores al momento de perpetrar el ilícito y que fueron observados por las testigos, entre ellos, una mochila tipo bolso color morado y una campera color roja, la que en el momento de la aprehensión estaba siendo lavada por el acusado Brizuela (ver, a partir del minuto 29:39).

También destacó el juez de la instancia previa la relevancia del acta de procedimiento obrante a fs. 10/11, la que fue debidamente incorporada al debate, en tanto se dejó plasmado todo lo acontecido con posterioridad al acontecer criminoso, tanto la aprehensión de los tres acusados como el secuestro de parte de los elementos sustraídos en poder de éstos.

Señaló, además, que de la referida acta se desprende que las llaves secuestradas en poder del acusado Brizuela Valderrama fueron llevadas a la casa de la víctima y en presencia de la hermana de ésta, Gisela Beatriz Olguín, se constató que ambas pertenecían a la vivienda donde aconteció el hecho.

Del mismo modo, la testigo refirió que efectivamente su hermana era propietaria de la garrafa color verde secuestrada también en poder de Brizuela y Orozco (ver, a partir del minuto 31:15).

En otro orden, la defensa cuestiona que el sentenciante no valoró adecuadamente el descargo efectuado por sus defendidos y las pruebas que acompañaron para avalar sus dichos.

Entiendo que este agravio tampoco puede tener acogida favorable, por cuanto el juez de sentencia argumentó suficientemente el rechazo de la verosimilitud de las distintas versiones brindadas por los acusados como hipótesis alternativas a la acusación.

Así, y con relación a lo declarado por el acusado Iván Gutiérrez Lorenzo, quien si bien reconoció su participación en el hecho aseguró que él nunca ingresó a la vivienda, el sentenciante –acertadamente a

mi criterio– consideró que su versión se encontraba suficientemente desvirtuada con las declaraciones testimoniales de Gisela y Beatriz Olgún, quienes fueron categóricas al describir la participación del acusado, como así también la vestimenta con la que fue aprehendido por los actuantes.

Del mismo modo, no resultó verosímil para el juez de la instancia anterior la versión de los hechos brindada por los acusados Brizuela Valderrama y Orozco Rosales, en tanto negaron su participación en los hechos y sindicaron como los autores que acompañaron a Gutiérrez Lorenzo a dos sujetos, uno de nombre Juan Campillay y el otro como «el Carozo».

El juez de sentencia entendió que no se aportó elementos que sustenten esta hipótesis la que, por otra parte, no se condice con las constancias de la causa.

Al respecto, el sentenciante precisó que la versión brindada por los acusados con relación a la garrafa secuestrada en poder de éstos, y respecto a la cual aseguraron que se las había prestado un vecino de nombre Andrés Persia Ruíz, quedó debidamente desvirtuada con la declaración de este último, quien negó tal circunstancia. Del mismo modo, quedó desvirtuada a través del acta de procedimiento de fs. 10/11, en donde se dejó constancia de que las llaves pertenecían a la vivienda de la víctima, la versión brindada por Brizuela Valderrama con relación a las llaves secuestradas en su poder, en tanto éste sostuvo que pertenecían a un amigo de nombre Gastón Chacón quien se las había prestado para que sus hijos se bañaran en su casa (ver, a partir del minuto 34:37).

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez de la instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal.

De tal manera, **no es posible predicar la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo para adoptar la decisión que aquí se cuestiona.**

Ello, en tanto el análisis respecto de la valoración de los elementos de prueba aparece sin arbitrariedades y motivado de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de los acusados en el hecho objeto del proceso.

Interpretación del art. 76 ter del CP

En el aspecto sustancial, la defensa cuestiona una errónea interpretación del art. 76 ter del CP.

Ello por cuanto en la sentencia que se impugna se condenó al acusado Orozco Rosales por los hechos perpetrados en los autos N° P-23.846/19 y su acumulado P-30.477/18.

Sin embargo, señala que en la última de las causas, donde al imputado se le otorgó el beneficio de la suspensión de juicio a prueba por el término de dos años en fecha 26 de noviembre de 2018, no debió ser revocada.

Ello, en tanto no procede por la comisión de un nuevo hecho en el que no ha recaído sentencia condenatoria firme.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

En efecto, y no obstante la falta de claridad del juez de sentencia al momento de considerar el punto en cuestión, lo cierto es que de las constancias de la causa N° 30.477/18, se advierte que la suspensión de juicio a prueba otorgada a favor del acusado **fue revocada por no cumplir las reglas de conducta** que le

fueron oportunamente impuestas al momento de otorgarle el aludido beneficio, y no por la causal referida por la censurante.

De manera tal que los argumentos esgrimidos en este sentido carecen de sustento en las constancias de la causa y, por tal motivo, devienen improcedentes.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el Sr. Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Héctor Iván Gutiérrez Laurenzo, Daniel Alberto Orozco Rosales y Roberto Carlos Brizuela Valderrama y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 1.169 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

10- PACHECO CASTRO. 17-05-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	M													474
VG	NNA	-	AI	PCE	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=609>

Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1°, 55, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, 166, inc.1°, inc. 2°, 1° párrafo, primer supuesto del CP

Vox: Lesiones leves dolosas. VG. Amenazas simples. Robo agravado. Arma impropia. Lesiones. Valoración de la prueba. Codominio del hecho.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años y seis meses** de prisión como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples (arts. 92, en función con el art. 89 y 80 inc. 1, 55, 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP), que se le atribuye en la causa N° P-737.559/19, y del delito de robo agravado por el resultado de lesiones producidas a la víctima en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 1, 54, 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto del CP), que se le atribuye en la causa N° P734.976/19, todo en concurso real (art. 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación, en tanto considera que hay una errónea calificación legal del hecho derivada de la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional.

El **Procurador General Subrogante** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1170., pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS 186-427
- L.S. 153-011
- L.S. 354-218
- L.S. 392-094
- L.S. 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05395930-4/1((018602-734976)) FC/ P C M A P/ ROBO AGRAVADO POR EL RESULTADO DE LESIONES PRODUCIDAS A LA VICTIMA Y POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR (734976) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105570548*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05395930-4/1, caratulada "F. C/ P C M A P/ ROBO AGRAVADO POR EL RESULTADO DE LESIONES PRODUCIDAS A LA VÍCTIMA Y POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA Y POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de P C M A interpone recurso de casación (fs. 337/342), contra la sentencia N° 1170 (fs. 325 y vta.) y sus fundamentos (fs. 326/335), mediante la cual se lo condenó a la pena de ocho años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples (arts. 92, en función con el art. 89 y 80 inc. 1, 55, 149 bis primer párrafo, primer supuesto del CP), que se le atribuye en la causa N° P-737.559/19, y del delito de robo agravado por el resultado de lesiones producidas a la víctima en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 1, 54, 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto del CP), que se le atribuye en la causa N° P734.976/19, todo en concurso real (art. 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado las siguientes circunstancias fácticas.

En relación con la **causa N° P-737.559/19**, que «[...] para fecha 03 de agosto del 2019, a las 15:00 horas aproximadamente, sobre la intersección de calle ..., P C M A, previo discutir con su ex pareja [G.P.C.O], en contexto de violencia de género, le gritó "vení" y le propinó un golpe de puño en la mejilla izquierda. Seguidamente le manifestó: "si me vas a denunciar te voy a matar", "andá, andá, voy a apuñalar a tu mamá, a tu papá, a tus hermanos".

Constató el Cuerpo Médico Forense que la denunciante sufrió equimosis violácea de 1,5cm por 1cm en región malar izquierda, con tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes la declaración testimonial de la víctima, el acta de procedimiento, las fotografías de la lesión de la víctima, el informe de la lesión de la víctima realizado por el Cuerpo Médico Forense y el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario en relación al contexto de violencia de género en el que se habría desencadenado los hechos.

Por su parte, en cuanto a la **causa N° P-734.976/19**, consideró probado que «[e]l día 30 de julio de 2019, siendo aproximadamente las 02:30 horas, en momento en que la víctima K E R se encontraba en calle ..., fue abordado por los sindicados M A P C y C P –menor de edad–, oportunidad en que M A P C extrajo de entre sus ropas un cuchillo con mango verde, hoja fina, de alrededor de diez centímetros de largo con el cual le asestó sendas puñaladas por lo que cayó al suelo, momento en que C P tomó la bicicleta de la víctima, mientras que el sindicato continuaba golpeando a K E R en el piso, y posteriormente los sindicados se retiraron del lugar en poder de la res furtiva. Producto de los golpes y puñalada recibida, K E R sufrió lesiones que le produjeron un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo mayor a un mes, según lo informado por personal del Cuerpo Médico Forense».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de K E R, G P C O, Auxiliar PP. J M V D, Auxiliar S A B, Oficial Ayudante G B M y Oficial Inspector D J M, la declaración del acusado, el acta de procedimiento, el informe de las lesiones de la víctima realizado por el Cuerpo Médico Forense.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc. 2 del CPP, en tanto considera que la inobservancia de la regla de la sana crítica racional de las pruebas rendidas en el juicio derivó en una errónea calificación legal del hecho atribuido al imputado.

Argumenta que el resolutivo que se recurre condena al acusado por un delito que no cometió y que, según su entender, tampoco se logró acreditar en la etapa del debate debido a la inobservancia de las reglas para la valoración probatoria que culminó en una errada calificación jurídica de los hechos por los cuales fue condenado y que le ocasionan un gravamen personal, real y actual por habersele impuesto la pena de ocho años y seis meses de prisión por el robo de una bicicleta que no cometió.

En efecto, considera que la plataforma fáctica que se discute es la participación punible de M P en el desapoderamiento del objeto de propiedad de K R, esto es, en el robo de la bicicleta, en coautoría funcional del hecho con C P.

Al respecto sostiene que el fallo no explica cuál fue el **reparto de tareas**, ni cuál fue el plan criminal ideado y organizado entre P y P para desapoderar a R de su bicicleta, como así tampoco explica cuál fue el dominio que tuvo P en el hecho atribuido.

Sostiene que del relato de la víctima no se desprende que haya existido un plan ideado con división de tareas entre P y P, por el contrario, considera que fue la adolescente P quien aprovechándose del estado de indefensión de la víctima tomó la bicicleta por cuenta propia y se retiró del lugar, incluso sin P.

Es decir, ni siquiera se fueron juntos de la escena del hecho y esto también lo reconoce la víctima en su declaración.

Asimismo afirma que la víctima, K R, reconoció que M P fue quien lo hirió con un arma blanca y que quien se apoderó de la bicicleta fue C P, no P.

Además, la recurrente considera que no se valoraron los dichos del imputado, quien manifestó que su intención fue lesionar a K R, pero no apoderarse de su bicicleta.

Al respecto, sostiene que las lesiones posteriores al desapoderamiento de la bicicleta por parte de P, no tienen el significado que el resolutivo refiere, esto es, no fueron para lograr la impunidad del imputado, toda vez que no tuvieron por objeto terminar con la vida de R, como tampoco tuvieron por objeto lograr la impunidad de P si ésta ya se había retirado del lugar con la bicicleta.

Por ello, considera que es evidente que el ánimo de P fue únicamente de lesionar a la víctima y no de apoderarse de la cosa ajena.

Por último, refiere que se encuentran constatadas las lesiones de la víctima K R, pero no el desapoderamiento por parte del imputado del objeto propiedad de R. Por lo que considera que la conducta de P en los hechos que lograron acreditarse debió ser la prevista y penada en el art. 90 del CP, es decir lesiones graves, y no la de robo doblemente agravado.

Por lo expuesto, estima que la valoración arbitraria de las pruebas obtenidas en el proceso vicia de nulidad absoluta la sentencia que se ataca por vulnerar la garantía constitucional de debido proceso legal y derecho de defensa del imputado.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General Subrogante

El Procurador General Subrogante entiende que se debe rechazar el recurso casatorio, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Sostiene la recurrente intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción, analizado por el a quo y fallado en consecuencia condenando al imputado por el delito establecido en la sentencia.

Argumenta que la defensa omite dos elementos esenciales de la declaración de la víctima, en virtud de los cuáles surge la convergencia intencional, así como la división de trabajo, del condominio funcional del hecho que corresponde a P y P.

Destaca así que cuando la víctima declaró se refirió a P como cómplice de P y a que se encontraba con él.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que, por los motivos que a continuación expongo, no corresponde hacerle lugar.

Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la

ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354- 218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

Surge del planteo casatorio que, el eje central de la impugnación radica en cuestionar la participación de M A P C en la sustracción de la bicicleta, en tanto considera que no se encuentra debidamente probada.

Sin embargo, de los fundamentos de la resolución cuestionada, se advierte que el tribunal de juicio sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la recurrente no ha podido demostrar.

Así, surge que el a quo analizó detalladamente el cuestionamiento de la defensa referido a que no existió un reparto de tareas, ni un plan criminal ideado y organizado entre P y P para desapoderar a R de su bicicleta.

En este orden, considero que tal agravio no puede prosperar, en tanto el juzgador, luego de un análisis integral de las pruebas obrantes en la causa, sostuvo, adecuadamente a mi criterio, que «[s]i se analiza detenidamente lo expresado por K R, de ningún modo puede sostenerse que el hecho se encuentre fragmentado en secuencias diferentes como plantea la Defensa técnica. Por el contrario, su relato describe un hecho único en el que, desde un primer momento, los imputados pretendieron y finalmente lograron apoderarse del biciclo» (fs. 331).

Con relación al relato de la víctima, el sentenciante refirió, debidamente a mi criterio, que «[l]a víctima menciona que, en un primer momento, el imputado intenta apoderarse de su vehículo pero, como encuentra resistencia, desiste. No obstante, inmediatamente después insiste en su propósito asestándole dos puñaladas en el tórax.

Su designio no podía ser otro que apropiarse del biciclo, teniendo en cuenta que la co-imputada C P es quien, en ése primer momento, se ocupa de distraer a R y de proporcionar a P, posteriormente, el arma blanca con la que éste agrede a la víctima. Finalmente, P toma el biciclo y darse a la fuga en poder del mismo» (fs. 331).

En efecto, el a quo acertadamente sostuvo que ambos –P y P– actuaron en forma conjunta y coordinada; ambos tomaron parte activa en el hecho, cada uno desde su posición y asumiendo diversos roles en el hecho.

Así señaló el juez que la imputada P realizó maniobras distractoras en un primer momento y, posteriormente, suministró a P el arma blanca con la que éste apuñaló a la víctima en dos oportunidades consecutivas.

De tal manera, una vez vencida la resistencia de la víctima –a consecuencia de las heridas causadas–, P se apoderó del biciclo y emprendió la fuga.

Destacó, además, que, aún después de concretarse el apoderamiento, P continuó golpeando a la víctima para impedir que recuperara la bicicleta, en un vano intento de perseguir a P mientras ésta se daba a la fuga con la res furtiva.

Así las cosas, resulta claro, como destacó el magistrado de la instancia anterior, que P no sólo intervino ejerciendo fuerza y violencia sobre la víctima para vencer su resistencia sino también para cubrir la huida

de P y procurar la impunidad. En este sentido la declaración de R fue más clara: «[...] Después me da el otro puntazo y ahí, una chica, que es la cómplice de él, se lleva la bicicleta y yo corro atrás de ella con los dos puntazos que ya me habían dado.

Y entonces el chico me sigue de atrás y me sigue dando patadas y piñas. Después de eso la chica se termina yendo con la bicicleta y yo la pierdo» (fs. 331).

Asimismo, es de resaltar que surge de los fundamentos de la sentencia cuestionada que la participación de M A P C en la sustracción de la bicicleta, encuentra respaldo en otros elementos probatorios, tal como el testimonio de G P C O, quien afirmó haber presenciado el hecho desde su domicilio. Así, el sentenciante señaló que «[l]a testigo relató que el día del hecho pudo observar desde su domicilio a K [víctima] junto a otros dos o tres chicos/as más. Manifestó que la chica que estaba con M P tenía un cuchillo y que ambos le sustrajeron la bicicleta a K. Identificó a “la chica” como C P y manifestó que, si bien ella tenía el cuchillo, después lo tomó P. A preguntas formuladas por las partes respondió: “...después M P desapareció de mi casa porque lo andaban buscando. Yo vi que la chica tenía un cuchillo, lo movía mientras hablaba» (fs. 330 vta.).

También encuentra respaldo con lo expresado por el M V P, auxiliar principal de la Policía de Mendoza, quien señaló que entrevistó a la víctima en el Hospital Central y está refirió haber sido asaltado por una pareja de chicos que conocía, quienes le causaron una herida con arma blanca.

Además el testigo expresó que R había participado con ellos de una juntada o fiesta. Relató que, luego de entrevistar a la víctima, lograron identificar a los autores del hecho (fs. 330 vta.).

Por último, otro de los elementos probatorios independientes resulta el informe médico realizado a la víctima por los profesionales del Cuerpo Médico Forense. En efecto, el a quo afirmó que las lesiones que presentaba la víctima resultaron «[c]ompatibles con la dinámica del hecho y las agresiones (con arma blanca y golpes de puño) que describió la víctima en su declaración testimonial» (fs. 330 vta. y 331).

Lo expuesto evidencia que la recurrente analizó parcialmente la testimonial de la víctima, en tanto apenas se analizan los elementos de su declaración surge que existió entre P y P una decisión conjunta y una división de tareas al momento de la sustracción de su bicicleta.

Asimismo, es de resaltar que el sentenciante explicó detalladamente cuál fue el reparto de tareas entre los acusados y específicamente cuál fue el dominio que tuvo P en el hecho atribuido.

Por lo que considero que no tiene entidad para conmover la decisión del sentenciante las alegaciones de la defensa con relación a que el fallo no explica cuál fue el reparto de tareas, ni cuál fue el plan criminal ideado y organizado entre P y P para despojar a R de su bicicleta.

En efecto, tenemos claramente demostrado que existió convergencia intencional, que hubo división de tareas entre P y P, que ambos tuvieron en sus manos el **codominio del hecho**, que no existe la separación de momentos invocados por la recurrente, que P no tomó la bicicleta por cuenta propia aprovechándose del estado de indefensión de la víctima, que las lesiones posteriores al despojar de la bicicleta producidas por P fueron para lograr la impunidad de P y que el ánimo de P no fue únicamente de lesionar a la víctima, tal como lo sostiene la recurrente, sino de apoderarse de la cosa ajena.

Por lo tanto, estimo que todo el hecho debe ser analizado en conjunto tal como lo realizó el sentenciante, por lo que la impugnación defensiva debe ser rechazada.

En síntesis, advierto que la recurrente pretende una nueva revisión de lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin lograr desvirtuar el razonamiento del sentenciante.

Por ello, los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propias de la posición que representa en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal en la fundamentación del fallo, carentes del sustento para invalidarla.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Matías Ariel Pacheco Castro.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

11- ABALLAY LOPEZ. 18-05-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE IA	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=541>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 163 inc. 4° en función del art. 42 CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Hurto agravado. Escalamiento. Tentativa. Valoración de la prueba. Revisión ex novo.

Summa:

El **TPC 1-1° CJ** condenó al señalado a la pena de **cinco años y dos meses de prisión**, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo y pago de costas como autor del delito de robo agravado por el uso de arma, en concurso real con el delito de hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación por considerar que la sentencia exhibe una motivación arbitraria y contradictoria, existiendo vicios in iudicando en cuanto a la calificación por la agravante del robo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1293., pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero. 21-12-84: LS 186–427
- Cirrincione. 07-03-78: LS 153–011
- LS 354–218
- LS 392–094
- LS 397–177

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-05394111-1/1((018601-3929)) FC/ ABALLAY LOPEZ EXEQUIEL LEONARDO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (3929) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105568624*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05394111-1/1 caratulada “F. C/ ABALLAY LOPEZ, EXEQUIEL LEONARDO P/ ROBO AGRAVADO USO DE ARMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Exequiel Leonardo Aballay López interpone recurso de casación (fs. 264/273) contra la sentencia N° 1293 (fs. 251y vta.) dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello en tanto condenó a su asistido a la pena de cinco años y dos meses de prisión, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo y pago de costas, como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2° primer párrafo, primer supuesto del CP) en concurso real con el delito de hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa (art. 163 inc. 4° en función del art. 42 del CP) que se le atribuye en la causa N° P-3.929/19 y su acumulada P34.402/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

Causa N° P-34402/17

En los **autos N° P. 34.402/17**, el juez ha tenido por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio, que, en lo pertinente, señala que «[...] el 11 de abril de 2017, siendo las 22:00 horas aproximadamente, en un local llamado “Despensa Gladis”, sito en el barrio 12 de octubre, M-C, casa 22 de Fray Luis Beltrán, se encontró en el interior a un sujeto sindicado como Exequiel Aballay, colgado de la tela de alambre cuadrículada que mide 1,8 metros de altura aproximadamente y está sobre una heladera vitrina horizontal que divide al público de la mercadería, intentando sacar cigarrillos, hecho que fue frustrado por María Elizabeth Sánchez que al verlo gritó, por lo que el sujeto saltó y se fue rápidamente del lugar».

El fiscal de instrucción calificó los hechos como hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa y sindicó a Aballay López como autor penalmente responsable.

Para tener por probados aquellos hechos, el juez de anterior instancia valoró, entre los principales elementos probatorios, la declaración testimonial de Rosa Gladis Becerra, de María Elizabeth Sánchez, el acta de denuncia de fs. 1 y el informe de fs. 2.

Causa N° P-3929/19

Por su parte, en la **causa N° P-3929/19**, el juez de sentencia encontró acreditadas las circunstancias que obran en el requerimiento de citación a juicio, según la cual «[...] el 13 de enero de 2019, alrededor de las 17:30 en calle Roma, frente a la farmacia de Rodeo del Medio, Maipú, Exequiel Leonardo Aballay López, junto a otro sujeto no habido ni identificado, abordaron a Enzo Santiago Rotta Herrera y Franco Daniel Olivares Rodríguez, al tiempo en que ambos se encontraban subiendo al vehículo marca Renault 18 dominio SWK-228 de este último, en ese momento el sujeto no identificado situándose en el asiento trasero del vehículo, apoyó un cuchillo tipo carnicero con mango blanco en el cuello de Franco Olivares y le indicó que arrancara en dirección al Barrio 9 de Julio, al tiempo que Aballay López se ubicó en el asiento del acompañante y comenzó a patear el torpedo del rodado logrando sustraer el estéreo marca Pioneer con CD, puerto USB, como así también un teléfono celular marca Samsung modelo Grand Prime color negro y una billetera de gamuza color rojo con \$300 en efectivo perteneciente a Enzo Santiago Rotta y un teléfono celular marca Motorola modelo G6 color gris con funda blanca de la empresa Claro. A posterior, los sindicados se dieron a la fuga a pie en dirección Sur del Barrio 9 de Julio”».

En este caso, la calificación legal dada a los hechos por el fiscal de instrucción fue la de robo agravado por el uso de arma.

Para decidir en el sentido antes mencionado, el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos más relevantes, la declaración testimonial de Jorge Gonzalo Lucero, de Franco Daniel Olivares Rodríguez y de Enzo Rotta, así como la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

El defensor se agravia por considerar que la sentencia exhibe una motivación arbitraria y contradictoria lo que provoca, a su criterio, una nulidad en los términos previstos del art. 416, inc. 4 del CPP.

Causa N° P-34.402/17

En relación a la **causa P- 34.402/17**, considera insuficiente la prueba de cargo y, que el juzgador arriba a la condena a través de razonamientos subjetivos, arbitrarios y contradictorios.

Entiende que el testimonio único de la víctima Rosa Becerra, resulta insuficiente para tener por acreditado el hecho del escalamiento, y que el acusado haya querido hurtar los cigarrillos. Sostiene así, que no existe prueba objetiva que sustenten ambos extremos.

Al respecto, considera que existen dos declaraciones testimoniales de cargo y de descargo, y el juzgador asignó valor al testimonio de Rosa Becerra sin tener en cuenta que sus dichos exhiben un claro resentimiento, y falta de sinceridad.

Por estas razones, entiende que resulta aplicable el art. 2 del CPP.

Causa N° P-3929/19

En relación a la causa **N° P- 3.929/19**, la defensa denuncia la existencia de vicios in iudicando toda vez que entiende que el juzgador debió condenar por el delito de robo simple a tenor del art. 164 del CP.

Ello a su criterio es así, pues no existe ningún elemento probatorio de valor decisivo que acredite la existencia de la agravante prevista en el art. 166 inc. 2 del CP.

Considera que esta circunstancia emerge claramente de las contradicciones esenciales de Franco Olivares y de Enzo Rotta, respecto de las características del cuchillo utilizado.

En consecuencia, sostiene que debió aplicarse la figura de robo simple e insta la aplicación del mínimo de la pena atento a que Aballay López carece de antecedentes computables.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 280/281 vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado, desde que, a su criterio, el planteo formulado por la defensa, constituye una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate que fue objeto de contradicción y analizado debidamente por el juez a quo.

En relación con la causa en la que se investiga el delito de hurto agravado, considera que no es posible admitir los planteos toda vez que el defensor aduce parámetros para la interpretación restrictiva del testigo único, pero no analiza el testimonio de la testigo María Elizabeth Sánchez, sino el de su madre Rosa Becerra quién conoce el hecho por boca de su hija, de tal manera todo el andamiaje defensivo que tiende a poner en tela de juicio la ausencia de incredibilidad subjetiva de una testigo que no es la testigo presencial del hecho, cae por errónea dirección y por su inconsistencia.

Respecto de los vicios sustantivos, el Procurador considera que los mismos fueron planteados durante la audiencia oral y el juez expresamente sostuvo que la defensa tuvo durante la audiencia la oportunidad de preguntar a los testigos por las contradicciones y no lo hizo.

En vez de ello, la defensa prefirió plantearlos al momento de los alegatos cuando ya no había posibilidad de que los testigos aclararan sus dichos.

Agrega, además, que la defensa tiende a separar y anular elementos probatorios e indiciarios cargosos para establecer una duda inexistente en la autoría o en la plataforma fáctica, cuestiones que han sido tratadas en forma conjunta por el tribunal de sentencia, en tanto su separación aprovecha a la posición de su cuestionamiento.

Por estas razones considera que no existe arbitrariedad y la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, así como la aplicación del derecho sustantivo ha sido correcta en la sentencia recurrida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

A los fines de una adecuada comprensión, trataré los agravios en el orden expuesto por el defensor de Aballay López. Así, comenzaré con los vicios formales denunciados en la causa N° P-34.402/17, para luego abordar los vicios sustantivos alegados en la causa N°P-3.929/19.

Causa N° P-34.402/17

En relación a la primera de las causas mencionadas, el defensor expresa que la motivación de la sentencia puesta en crisis, está construida sobre apreciaciones subjetivas, arbitrarias y contradictorias y, en ese sentido, circunscribe la crítica a la valoración del único testimonio prestado por María Elizabeth Sánchez.

Sin embargo, el defensor no logra demostrar cada una de las afirmaciones realizadas, evidenciando una discrepancia con la labor de merito llevada a cabo por el sentenciante, a la vez que una reiteración de lo que ya fue expuesto y confrontado durante el debate oral (ver fundamentos, fs. 253 vta.), sin lograr desvirtuar la validez del razonamiento del a quo.

El objeto procesal de los autos bajo examen se acredita, principalmente, a partir del testimonio de la víctima del hecho, el que fue calificado por el juez como coherente y consistente.

A su vez, las versiones alternativas de los hechos brindados por el acusado al momento de realizar su descargo fueron descartadas por resultar carentes de todo sustento respaldatorio.

En efecto, el juez de anterior instancia consideró que los testimonios de Rosa Gladis Becerra y de María Elizabeth Sánchez resultaron sinceros y concordantes con el resto del material probatorio.

En ese sentido, el a quo advirtió la concordancia entre los dichos vertidos durante el debate y la denuncia formulada, que luce agregada a fs. 1/2.

En particular, y, en lo decisivo, María Elizabeth Sánchez, explicó que al ingresar al local pudo ver al imputado colgado sobre una heladera tipo vitrina con la mitad del cuerpo hacia adentro del negocio, queriendo sacar cigarrillos y que al ser sorprendido por ella, rápidamente se dio a la fuga.

En razón que la defensa reedita lo planteado durante la instancia anterior debe destacarse que el juzgador consideró que, más allá de la interpretación restrictiva que impone el carácter de testigo único, el testimonio de María Elizabeth Sánchez, exhibía caracteres esenciales, tales como su imparcialidad y persistencia.

Ello, a la vez que resultaban sinceros, en tanto no advertía un móvil espurio teniendo en cuenta las relaciones anteriores de vecindad entre ambos.

Por su parte, debe señalarse que sus dichos fueron corroborados por el testimonio de la madre de la víctima, Rosa Gladis Becerra, quién manifestó de manera concordante con aquella, que la oyó gritar y en esas circunstancias, ingresó al local y vio los cigarrillos tirados en el piso.

En suma, y con base en las consideraciones precedentes, de las que se desprende que no existen vicios en el razonamiento del juez de la instancia anterior en relación a la valoración del material probatorio obrante en la causa en análisis, deben rechazarse los agravios formales expuestos por la defensa.

Causa N° P-3929/19

En relación a los vicios sustantivos denunciados en relación a la causa N° P- 3.929/19, adelanto que aquéllos también serán desestimados.

En la causa referida, la defensa denuncia la existencia de vicios in iudicando toda vez que entiende que el juzgador debió condenar por el delito de robo simple a tenor del art. 164 del CP.

Al respecto debe señalarse que los hechos atribuidos al acusado en la presente causa encontraron acreditación en la valoración de los testimonios concordantes de Franco Olivares y de Enzo Rotta.

Sus dichos, tal como señaló el a quo, mantuvieron su persistencia con los relatados oportunamente en la denuncia (fs. 1/2) y con los reconocimientos en rueda de personas de fs. 89 y 90.

En efecto, aquéllos testigos describieron como Aballay López junto a otro sujeto no habido, se subieron al vehículo que conducía Olivares, y que uno de ellos se sentó detrás del asiento del acompañante ocupado por Rotta.

Agregaron que el sujeto no identificado, se subió detrás de Olivares y le apoyó en su cuello un cuchillo grande mientras ambos sujetos, les exigían sus pertenencias –tales como los celulares, dinero y el estéreo del automóvil–.

Luego señalaron que Aballay López los desapoderó de sus celulares y su dinero, y rompió el plástico del sector donde se encuentra el estéreo del automóvil, el que logró finalmente extraer.

Además de estas declaraciones, el juez de anterior instancia valoró la declaración del acusado Aballay López, y ofreció las razones –que encuentro debidamente fundadas– por las que el descargo formulado emergió carente de verosimilitud como también de todo sustento probatorio (fs. 257).

De esta manera, en la fundamentación de la resolución ahora recurrida el a quo no tuvo duda alguna respecto de la existencia y utilización del arma empleada por sujeto que intervino en el hecho junto a Aballay para amenazar a las víctimas y lograr el desapoderamiento de los bienes.

Así, destacó que el cuchillo empleado representó en el caso concreto una mayor entidad de violencia, de modo que la resistencia fue mucho más fácil de vencer que si no hubiera estado presente ese tipo de arma (fundamentos, fs. 258).

En definitiva, en el recurso interpuesto resulta evidente la diversa valoración del material probatorio, llevada a cabo por el defensor del acusado, en tanto no encuentra correlato alguno con las constancias de la causa y la prueba debidamente valorada por el juzgador.

De manera tal que, en tales términos, la impugnación casatoria aparece como insusceptible de plantear cuestionamientos que pongan en tela de juicio la validez de la decisión objetada (conf. LS. 186–427, 153–011, 354–218, 392–094 y 397–177, entre otros).

Por las razones expuestas, y la opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa al acuerdo que lidero ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Exequiel Leonardo Aballay López.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

12- CESPEDES. 19-05-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	-	PCE	-	-	A	R	CR	-	-	-	-	495

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf

Lex: Art. 164, 167 inc. 2°, 162, 55, 50, 14 del CP. 28, 75 inc. 12° y 22° de la CN, arts. 2 y 7.5 de la CADH y arts. 1, 10, 11, 21 y 22 de la Constitución Provincial

Vox: Robo simple. Concurso real. Robo agravado. Poblado y banda. Hurto simple. Revisión. In pauperis. JAI cuestionado. Inconstitucionalidad del art. 14 del CP.

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** en efectivo, como autor penalmente responsable del delito de robo simple (art. 164 del CP), robo agravado en poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP) y el delito de hurto simple (art. 162 del CP) y, lo declara reincidente.

La **defensa** técnica canalizó jurídicamente el recurso de revisión interpuesto in pauperis por N. C.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de revisión e inconstitucionalidad promovido por el encartado, N.C..

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1409, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CI.

Precedentes relacionados.

a-SCJM. JAI cuestionado

- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FclGA.pdf
- Quevedo Astudillo. 15-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>
- Céspedes. 19-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Fernández Rosales. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcFernandez.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Olgúin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguéz. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-04963890-0() CESPEDES NICOLAS JUAN PABLO (72005) P/ PRESENTACION IN PAUPERIS *105134022*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04963890-0 caratulada "F. C/CÉSPEDES NICOLÁS/REVISIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y Tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El recurso de revisión promovido en forma pauperis por Nicolás Céspedes y canalizado jurídicamente por su defensor técnico, en contra de la sentencia N° 1409, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión en efectivo, como autor penalmente responsable del delito de robo simple (art. 164 del CP) en autos P-75148/18, robo agravado en poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP) en autos P-72005/18 y el delito de hurto simple (art. 162 del CP) en autos P-75157/18 y, lo declara reincidente.

El pronunciamiento fue dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° Legajo N° P72005/18 y P-75157/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

En el acto sentencial puesto en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso planteado, se condenó a Juan Pablo Nicolás Céspedes por diversos hechos.

Por un lado, se tuvo por acreditado que en fecha 24 de agosto de 2018, aproximadamente a las 17.50 hs. aquél junto a Angie Micaela Pacheco y otra mujer, ingresaron al local «Radhika» y mientras éstas realizaban maniobras de distracción, Céspedes forzó y rompió la traba metálica de la cerradura interna que resguardaba la vidriera y sustrajo un exhibidor de anillos de pana que contenía cincuenta anillos de plata y piedras. Luego, entregó el exhibidor a una de las mujeres, quien lo escondió entre una campera y la cartera y se retiraron del lugar.

Por otro lado, se consideró probado que en fecha 24 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 12:15 hs., Juan Pablo Nicolás Céspedes y Angie Micaela Pacheco entraron al local «Luciana Hogar» ubicado en calle Las Heras 449 de Ciudad y tomaron del interior de una vitrina de vidrio, previo romper las pestañas metálicas que poseía en los vértices, cinco teléfonos celulares.

Posteriormente se fugaron por calle Chile de Ciudad. Finalmente, se estimó demostrado que el 14 de septiembre de 2018, en horas de la mañana, antes de las 12:15 hs., Juan Pablo Nicolás Céspedes, Angie

Micaela Pacheco y Juan Gabriel Paolantonio ingresaron al negocio «8Q», ubicado en calle 9 de Julio 1165 de Ciudad, Mendoza y se apoderaron de prendas de vestir de tipo deportivas y otros objetos.

La sentencia que tuvo por acreditado estos hechos se dictó en el marco de un **procedimiento abreviado** y el órgano jurisdiccional aplicó la pena acordada por las partes en el marco de la audiencia celebrada en los presentes obrados (arts. 359, 418 y cc del CPP).

El acusado, ahora recurrente consintió la aplicación del procedimiento, los hechos atribuidos y su responsabilidad en ellos, la calificación jurídica y la sanción pactada.

II.- El recurso de revisión

Como se adelantó, a fs. 30 de las actuaciones “Legajo N° P72.005/18, Acumuladas P-75148/18 y P-75157/18”, Nicolás Juan Pablo Céspedes, presenta un escrito en el que expresa su intención de recurrir en forma pauperis la sentencia que lo condenó por los hechos descriptos.

Expresa que en las causas en las que fue a juicio abreviado **se vio coaccionado por el fiscal** que le dijo que, si no firmaba, su cónyuge sería condenada a prisión efectiva.

Por ello, se vio obligado a firmar pese a no haber estado de acuerdo con la calificación del hecho puesto que en algunos de los hechos que se le atribuyeron no hubo fuerza, violencia ni daños.

A fs. 79/102, se presenta el acusado y formula diversos planteos de inconstitucionalidad, a saber: violación del principio de igualdad; violación del principio republicano; violación a los arts. 28, 75 inc. 12 y 22 de la Constitución Nacional, arts. 2 y 7.5 de la CADH y arts. 1, 10, 11, 21 y 22 de la Constitución Provincial. Cuestiona la constitucionalidad del art. 50 del CP.

También refiere que se ha agravado su estado y condiciones de detención, progresividad de la ejecución de la pena, igualdad ante la ley y proporcionalidad al dictarse la agravante.

Reclama, además, la inconstitucionalidad del art. 14 del CP, en tanto dispone que los reincidentes no pueden gozar de libertad condicional, sino que deben efectuar la pena en su totalidad en prisión.

Por otra parte, y, con relación a los hechos contenidos en la causa N° 72.005/18, señala que los hechos descriptos guardan similitud con lo reconocido en la audiencia de juicio abreviado pero difiere en sus partes centrales.

Expresa que, efectivamente, el 24 de agosto de 2018, aproximadamente a las 17:50 hs, él junto a dos mujeres ingresaron al local «Radhika», ubicado en calle Espejo 29, local 1, de Ciudad y que cuando las dos mujeres distrajeran la atención del empleado, sustrajeron de la vidriera del local un exhibidor de anillos. Sin embargo, refiere que no es verdadero que se forzara y rompiera la traba metálica con cerradura interna que resguarda la vidriera.

Añade que ese día –si se analiza adecuadamente los videos– se puede apreciar qué empleados estaban armando la vidriera de modo tal que aquella se encontraba sin cerrojo ya que este estaba apoyado en una estantería y los vidrios abiertos sin ningún tipo de seguridad.

Agrega que de haber roto el cerrojo esa maniobra hubiera provocado la ruptura de ambos vidrios en mil pedazos.

Explica que no se trató de un robo sino de un hurto, y que si bien reconoce el hecho, no lo hace respecto las circunstancias en que se perpetró.

Respecto a los hechos investigados en autos P-75.148/2018 de fecha 14 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 12.15 horas, señala que si bien ingresó junto a Angie Micaela Pacheco al local «Luciana hogar», y que del interior de la vitrina de vidrio se sustrajeron diferentes teléfonos celulares, tampoco es verdadera la rotura de pestañas metálicas de los vértices del mueble de vidrio.

En este sentido, explica que las pestañas metálicas tienen tornillos que presionan los ángulos, los lados y vértices entre sí, por lo que, de no tener un destornillador no es posible retirar la tapa sin destrozar y hacer estallar el vidrio.

Agrega que para sacar los teléfonos debe estar abierto por el lateral de sus puertas, o bien la vitrina debería tener bisagras, o bien –como sucedió– las pestañas metálicas estar sueltas y poder acceder fácilmente (ver fs. 94).

Agrega que el policía no dijo la verdad y que los videos de las cámaras hablan por sí solos y desmienten los dichos del funcionario.

A fs. 111/112 obra presentación del abogado defensor de Juan Pablo Nicolás Céspedes Pacheco donde canaliza jurídicamente la pretensión recursiva de aquél. En este orden da cuenta que el recurso pretende la revisión de la sentencia condenatoria N° 1409.

Para ello sostiene que no se encuentra debidamente fundada la calificación legal en relación a la figura de robo agravado en poblado y en banda y que la correspondiente es la de hurto simple, si se tiene en cuenta que no existió fuerza en las cosas ni violencia en las personas.

Añade que se plantea la inconstitucionalidad de la reincidencia prevista en el Código Penal.

III. Dictamen del Procurador General

A fs. 10/11 se expide el Procurador General con relación al recurso planteado y señala que, si bien procede formalmente, debe ser rechazado sustancialmente.

En este sentido, recuerda que la causa se resolvió mediante juicio abreviado, que el justiciable admitió la imputación, y fue informado junto a su defensora de los derechos y consecuencias que dicha admisión entrañaba, decidiendo libremente consentir la aplicación del procedimiento.

Respecto al vicio en el consentimiento alegado refiere que consta que el acusado se encontraba debidamente asistido en el acto y le fueron explicados los términos del acuerdo y la pena que iba a aplicarse y que, luego de esto, expresó su conformidad.

Específicamente sobre la pena –de tres años y seis meses de prisión en efectivo– entiende que ella resulta justa.

Agrega que el procedimiento se llevó a cabo con todas las garantías, sin que exista posibilidad de cuestionamiento recursivo del acuerdo validado en la sentencia.

Finalmente, considera que tampoco puede proceder el recurso de inconstitucionalidad formulado pues éste ha sido previsto para cuestionar sentencias que denegaron un planteo previo al respecto y, en este caso surge, que la parte recurrente no introdujo oportunamente la cuestión constitucional.

Por todo lo expuesto entiende que no corresponde acoger el recurso analizado.

IV. La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizado el recurso promovido por Juan Pablo Céspedes y su defensa técnica, así como la sentencia cuya impugnación se promueve, anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados y la confirmación de la resolución cuestionada. Esto en razón de los motivos que a continuación se exponen.

En este sentido se comparte el criterio sostenido por el Procurador General respecto de que al momento de realizarse la audiencia de fecha 11 de octubre de 2.018, Juan Pablo Céspedes se encontraba asistido por la defensora técnica de su confianza, y en presencia de ésta le fue explicado, los alcances del procedimiento abreviado, los términos del acuerdo y el monto de la pena acordada.

Efectivamente, advierto de las constancias de la causa N° P-72.005/18 (fs 19) que el acuerdo entre las partes del proceso quedó plasmado en actuación llevada a cabo el día anterior, ocasión donde también estuvo presente la entonces defensora del acusado y, los términos del acuerdo no variaron en cuanto a la asunción de responsabilidad por parte de Céspedes al momento de llevarse a cabo audiencia en presencia del juez que dictó la sentencia que aquí se cuestiona.

De lo expuesto se deriva que el cuestionamiento formulado en torno al acuerdo no puede tener acogida favorable toda vez que se llevó a cabo respetando todas las garantías.

Este aspecto considero importante tomar en consideración las expresiones vertidas por la defensora de uno de los consortes de causa del acusado quien, al contestar la vista que se le confirió, y en lo que aquí interesa, señaló que estuvo presente al momento del acuerdo de juicio abreviado –como representante de uno de los consortes de causa– y que aquél fue espontáneo, ratificado frente al juez de la causa.

Por su parte, la defensora aseguró que el consentimiento fue prestado libremente y sin coacción alguna (ver fs. 36).

Al respecto corresponde señalar que toda vez que el acusado refiere una situación de coacción por parte del fiscal que tuvo a su cargo la investigación de la causa, considero que no se configuran las previsiones del art. 495 inc. 3 del CPP.

En efecto, la norma refiere como condición para que proceda la declaración de la existencia de **«prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta»** en un fallo posterior irrevocable y ello no surge de las constancias de las presentes actuaciones.

Lo mismo sucede con la previsión del **inc. 6 del art. 495 del CPP** en tanto alude a **«ausencia de consentimiento por parte del imputado»**, circunstancia que tampoco se alegó ni se probó en la presente causa.

Por ello, entiendo que el agravio recursivo así promovido debe ser rechazado. Ahora bien, en relación a los concretos cuestionamientos formulados en torno a la asunción de los hechos por los que resultó condenado y, específicamente en torno a los hechos investigados en autos P-75.148/18, por robo simple y P-72.005/18 por robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, tampoco a mi criterio puede ser acogido el planteo atendiendo los cuestionamientos que el acusado y su defensa formulan.

Esto por cuanto se pretende, por la vía de revisión, cuestionar la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada en una sentencia que adquirió firmeza en relación a ello y que oportunamente valoró, además del reconocimiento del acusado, otros elementos de prueba que sustentaban la acusación.

Todo ello, sin que se logre acreditar la configuración de los diversos supuestos previstos por el art. 495 del CPP.

Finalmente, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad promovido, le asiste razón al Procurador General en cuanto a que, aquél sólo resulta procedente en tanto se cuestionen sentencias que se hayan expedido denegando un cuestionamiento previo al respecto.

Tal circunstancia no resulta aplicable en el caso traído a examen puesto que no se advierte de las constancias de autos que tal pretensión se haya incluido al momento de llevarse a cabo audiencia de debate, motivo por el cual el juez de la instancia anterior no estuvo en condiciones de expedirse en relación a ese tema.

Motivo por el cual, tampoco el agravio así formulado puede tener acogida favorable. Por los motivos expuestos, y opinión concordante del Procurador General, corresponde rechazar el recurso de revisión promovido y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de revisión e inconstitucionalidad promovido por Juan Pablo Nicolás Céspedes y su defensa técnica y confirmar la sentencia N° 1409, dispuesta por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° Legajo N° P-72005/18 y P75157/18.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

13- RODRIGUEZ ANDREA. 19-05-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474
-	B	-	AI	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=543>

Lex: Art. 166 inc. 2° 1° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Doble instancia. Revisión ex novo. Unidad de la prueba. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **TPC** condenó a la señalada, A.E.R., a la pena de **seis años de prisión** con costas, como autora del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda.

La **defensa** interpone recurso de casación, puesto que considera que la sentencia impugnada adolece de vicios in procedendo. Invoca el derecho a la doble instancia y el precedente “Casal” de nuestra CSJN para sostener la amplia revisión de todas las cuestiones de hecho analizadas en la sentencia impugnada y referir que se ha realizado una arbitraria valoración de la prueba al no considerar las graves contradicciones que se traducen de los testimonios utilizados para fundarla, omitiéndose la aplicación del principio del in dubio pro reo (art. 2° del CPP), solicitando, por ello, la nulidad de la sentencia.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Aconseja el rechazo del recurso casatorio ante la inexistencia de arbitrariedad y al haberse efectuado la valoración de las pruebas bajo las reglas de la sana crítica racional con una correcta aplicación del derecho sustantivo.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, impuso las costas a la parte vencida, postergó la regulación de los honorarios profesionales y remitió las actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1323 (18-08-20), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Casal, Matías Eugenio 20-09-05:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692757510577>

b-SCJM

- Geroli Pérez. 16-09-13:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE0MTE=&t=abla=c2M=>
- LS 186-427 21-12-84: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- LS 153-011 07-03-78: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- LS 354-218; 392-94; 397-177,

- LS 381-233; 382-107; 388-219; 398-42

Precedentes relacionados

a-SCJM

Acto jurisdiccional válido. Fundamentos.

- Díaz López. 12-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210212_FcDiaz.pdf
- Donoso Aguilera. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf
- Porcel Valero. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf
- González Ortego. 26-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210226_FcGOI.pdf
- Ortíz Quiroga. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcOrtiz.pdf
- Moreno Almazán. 31-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210331_FcMAH.pdf
- Coz Luna. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcCLG.pdf
- Salas Romero. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcSRO.pdf

Párrafos destacados

“[l]a defensa intenta una revisión ex novo de lo acontecido en el debate, que fue objeto de contradicción, analizado por el tribunal de la instancia anterior y fallado condenando a la imputada. Sindica las contradicciones como no dirimentes para desvirtuar el razonamiento sentencial y tampoco halla explicación frente a la posibilidad de despejar esas dudas en el debate a través de repreguntas a los testigos”.

“[p]ara mayor claridad, que son estos testimonios, únicamente, los rendidos en ocasión del debate oral, con amplio ejercicio del contradictorio por las partes, son los que deben ser considerados con mérito convictivo”.

«[...] los medios de prueba no constituyen compartimentos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-05409399-8/1((018601-748359)) FC/ RODRIGUEZ ANDREA ELIZABETH P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105585068*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05409399-8/1, caratulada "FC /RODRIGUEZ, ANDREA ELIZABETH P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

Que el defensor de la acusada interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 1.323 de fecha 18 de agosto de 2.020 (fs. 07 y vta.) y sus fundamentos que obran en copias digitalizadas, en cuanto condena a Andrea Elizabeth Rodríguez a la pena de seis años de prisión con costas, impuesta mediante la sentencia antes señalada como autora del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-748.359/19 (arts. 166 inc. 2° primer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1, en Sala unipersonal, de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de fs. 18/28 del legajo obrante en ése, esto es que «[...] el día 8 de septiembre de 2019 aproximadamente a las 06:00 horas, en momentos en que Lucas Emanuel Rojo Anzorena y Exequiel Alexander Pérez García, circulaban en la moto marca "Zanella", modelo "Sol" de 110cc., dominio 127-ENG, junto con Lautaro Carball Orozco y Joaquín Celedón Chisari, quienes lo hacían caminando por calle Olascoaga de Las Heras, al llegar a calle Libertad del departamento de mención, estos últimos fueron sorprendidos por una persona "N.N." y/o no identificado hasta el momento, quien previo exhibirles un arma de fuego intentó sustraerle sus pertenencias, no logrando su cometido al ser advertidos por Lucas Emanuel Rojo Anzorena y Exequiel Alexander Pérez García, quienes intervinieron en defensa de aquéllos.

Seguidamente, el sujeto no identificado ingresó al domicilio ubicado sobre el margen este de calle Olascoaga s/n de Las Heras, con frente pintado de color blanco en su margen norte un portón de color blanco, observándose una ventana de grandes dimensiones con rejas de color blanco, saliendo instantes

después de su interior entre ocho y diez personas, entre quienes se encontraba el sujeto antes indicado y Andrea Elizabeth Rodríguez, esta última, quien al observar a Lucas Emanuel Rojo Anzorena levantando su moto, que había quedado tirada sobre la vía pública para retirarse de la escena de los hechos, se dirigió hacia él y le propinó un puntazo a la altura del pulmón izquierdo y otro cerca del glúteo, aprovechando de ese modo para sustraer el motovehículo anteriormente descrito».

Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: a) Lucas Rojo; b) Exequiel Pérez García; c) Alan Sebastián Gutiérrez; d) Lautaro Carball; e) Joaquín Celedón; g) el funcionario policial Alan Rojas; f) Lucía Gómez; g) Marisa Soloa; h) Exequiel Rodríguez; i) Lourdes Obredor; y, j) Norberto Bisso; así como la declaración de la propia imputada de autos y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

El defensor técnico promueve la impugnación a tenor de las disposiciones del art. 474 inc. 2º del CPP, puesto que considera que la sentencia impugnada adolece de vicios in procedendo.

Invoca el derecho a la doble instancia y el precedente “Casal” de nuestra CSJN para sostener la amplia revisión de todas las cuestiones de hecho analizadas en la sentencia impugnada y referir que se ha realizado una arbitraria valoración de la prueba al no considerar las graves contradicciones que se traducen de los testimonios utilizados para fundarla, omitiéndose la aplicación del principio del in dubio pro reo (art. 2º del CPP), solicitando, por ello, la nulidad de la sentencia.

Seguidamente analiza dichas contradicciones respecto de la prueba de cargo, comenzando por el testimonio de Lucas Rojo, quien en la investigación penal preparatoria refiriera haber sido apuñalado por un hombre y una mujer mientras que en el debate mencionó que dichas lesiones solo se las produjo una mujer.

Del mismo modo, destaca contradicciones entre la denuncia acerca de la percusión y posterior disparo de un arma de fuego a sus amigos, mientras que ya en el debate precisó que se trataba de una pistola .9 mm y que no fue percutada.

Además, refiere contradicciones en cuanto al color oscuro de cabello de la imputada conforme la declaración de Exequiel Pérez y de Joaquín Celedón en cuanto al número de sujetos que los habrían sorprendido cuando caminaba junto a Rojas, así como respecto del lugar de donde éstos habrían salido – detrás de un árbol–.

Por último, se refiere al testimonio de Lautaro Carball quien desconocía quién se llevó la moto sustraída y tampoco vio a la acusada con un arma, lo que resultaría contradictorio con el resto de los testimonios aludidos.

Por ello entiende que no puede establecerse con certeza la autoría de su defendida en mérito a las contradicciones señaladas en cuanto a las circunstancias de tiempo, personas y lugar en donde se produjeron los hechos y las armas que fueron utilizadas.

Seguidamente analiza los testimonios de descargo, a los que juzga sólidos y congruentes tanto en la instrucción como en el debate, deteniéndose en la declaración de su defendida.

Ello en tanto, sostuvo que en el momento del hecho se hallaba durmiendo, mientras sus hijos y la testigo Lucía Gómez jugaban videojuegos, cuando sintieron ruidos y agresiones con piedras.

Agregó entonces, que salió para detener la agresión y es cuando vio a un tal «Toli», quien fuera el que en definitiva sustrajo la moto de Rojo, reconociendo que ella y sus hijos protagonizaron una discusión y peleas con quienes los agredían, recibiendo gas pimienta de parte de Celedón.

Afirma que son contestes con ésta, su hijo Exequiel Rodríguez y Norberto Bisso. Juzga fundamental, por resultar testigo directo de los hechos y encontrarse en el lugar, el testimonio de Lucía Gómez, quien es, a su modo de ver, coincidente al sindicarse al autor de la sustracción como Rodrigo Giordano alias «Toli», añadiendo que éste se habría refugiado en su propio domicilio encargándose, junto con sus hermanas, de sacarlo de allí.

Afirma que ello es ratificado por Marisa Soloa, hermana de la primera y que Alan Gutiérrez, al igual que las anteriores, sostuvo que fue «Toli» quien sustrajo la moto.

Finalmente, concluye que el fallo arbitrariamente recoge la versión más gravosa e incriminante para su defendida, inaplicando el principio del in dubio pro reo, derivación del principio constitucional de inocencia, mandato claro, preciso y cierto de la ley adjetiva en el art. 2º.

Afirma que dicho principio puede dar lugar a vicios de motivación de la sentencia pues el principio de razón suficiente obliga a obtener certeza sobre los hechos en que se basa la condena, motivo por el que peticiona la nulidad de la sentencia que cuestiona.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 12/13 se encuentra agregado el dictamen emitido por el Procurador General. Luego de examinar las críticas promovidas refiere que corresponde rechazar la pretensión casatoria.

En efecto, el Procurador señala las contradicciones en las testimoniales rendidas en el debate y apuntadas en el remedio casatorio por la defensa para fundamentar la existencia de vicios in procedendo de conformidad con el inc. 2º del art. 474 del CPP y peticionar la nulidad de la sentencia por violación a las garantías del in dubio pro reo al no haber podido alcanzar el estado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Sostiene que, no obstante la procedencia formal del recurso, la defensa intenta una revisión ex novo de lo acontecido en el debate, que fue objeto de contradicción, analizado por el tribunal de la instancia anterior y fallado condenando a la imputada.

Sindica las contradicciones como no dirimientes para desvirtuar el razonamiento sentencial y tampoco halla explicación frente a la posibilidad de despejar esas dudas en el debate a través de repreguntas a los testigos.

Al efecto y en sintonía con lo indicado con el fiscal sostiene que pudo haber existido otra persona que hiriera a Rojo, pero que éste fue claro en cuanto a que la acusada fue la que lo apuñalara así como que las víctimas fueron dispersadas por las personas del domicilio y que, por ello, bien pudieron no advertir dicho ataque.

Las contradicciones señaladas en la estrategia defensiva, añade, en cuanto a los testigos Celedón, Pérez y Carball, a su juicio, se explican claramente con el análisis debido del contexto en que los hechos se produjeron. Así, afirma que las víctimas, son contestes en la existencia de dos momentos.

El primero, cuyas víctimas serían Lautaro Carball y Sebastián Gutiérrez atacados por un sujeto con un arma de fuego que luego se refugió en la casa de Rodríguez, y a quienes Lucas Rojo junto Exequiel Celedón prestaron ayuda.

El segundo momento, cuando salen entre ocho y diez personas de la casa junto a la acusada, hirieron a Rojo y le sustrajeron la moto.

Agrega que también las víctimas fueron coincidentes en sus circunstancias. Considera endeble la atribución de todo el accionar delictivo a un sujeto no individualizado y apodado «Toli», así como el ataque sufrido aparentemente por la acusada y la defensa que ésta efectuara ante dicho ataque.

Así, entiende que el sentenciante ha dado las razones por las que desestima ese relato y lo considera poco creíble, puntualizando las contradicciones de los testimonios de descargo.

Finalmente, afirma que la defensa tiende a separar y anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda inexistente sobre la autoría o la plataforma fáctica.

Cita jurisprudencia de este Tribunal in **re “Geroli Pérez”**.

Por todo lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio ante la inexistencia de arbitrariedad y al haberse efectuado la valoración de las pruebas bajo las reglas de la sana crítica racional con una correcta aplicación del derecho sustantivo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Examinado el recurso de casación promovido y la sentencia impugnada, entiendo que el primero de los nombrados no puede prosperar por los motivos que a continuación paso a exponer.

De manera preliminar he de señalar que los agravios impulsados pretenden desacreditar la convicción a la que llegara el sentenciante con relación a la autoría de Andrea Elizabeth Rodríguez en los hechos endilgados.

Ello así por cuanto, como anticipé, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, los elementos de convicción han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Así entiendo que dichos elementos han dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

El libelo recursivo no logra demostrar el apartamiento de las reglas de la sana crítica racional y como bien señalara el tribunal de la instancia anterior, la versión de los hechos aportada a través de las pruebas de descargo o las contradicciones sindicadas, cuya omisión de ponderación denuncia la defensa a fin de pretender instalar un estado de duda en los márgenes del art. 2º del CPP, no son sino una reedición de los planteos desarrollados al momento de brindar los alegatos en la audiencia de debate y que no obtuvieran respuesta favorable en la sentencia.

Al respecto, la defensa no logra desvirtuar el razonamiento del juez de sentencia. En efecto de la lectura de los fundamentos se desprende, del mismo modo que en el debate, que los hechos fueron analizados por ambas partes, el representante del Ministerio Público Fiscal y defensa, de modo diametralmente opuesto.

Por un lado, para el titular de la acción pública la acusada resultó autora del robo de una motocicleta hecho, en el que además, le asestara dos puñaladas a una de las víctimas junto a otros sujetos no habidos ni identificados.

Por el otro, para la defensa la acusada no hizo más que defenderse ante los ataques sufridos a su vivienda por parte de las víctimas endilgando la responsabilidad de la sustracción del vehículo a un sujeto apodado «Toli».

Ahora bien, detalladamente, el sentenciante, en un análisis completo y minucioso de todas las testimoniales rendidas así como de la prueba instrumental debidamente incorporada, entendió acreditada la autoría de Rodríguez en el suceso criminoso.

Para ello consideró principalmente el testimonio de Lucas Rojo, dueño de la motocicleta sustraída y quien, además, resultara apuñalado durante el hecho y posteriormente hospitalizado por ello.

A dicho testimonio, sumó el reconocimiento positivo de éste en rueda de personas en la que sindicara a Rodríguez como la persona que le asestó la puñalada, (ver fs. 144/145).

También, otros datos objetivos: el acta de procedimiento policial de fs. 1 y vta.; el secuestro de la ropa de la víctima de fs. 37; el informe de las lesiones de ésta del Cuerpo Médico Forense de fs. 93 y vta.; el informe de la Unidad Investigativa de Las Heras que se hizo presente en el Hospital Carrillo y asentó el diagnóstico que el médico tratante de Rojas les manifestara de fs. 64 y vta.; y, por último, el hallazgo de la motocicleta sustraída y su secuestro a fs. 272/274 (según acápite c) «Prueba», de los fundamentos de la sentencia impugnada que obran en copia digital).

Conteste con estos elementos, a juicio del juez de la instancia previa, resultaron los relatos de amigos de Lucas Rojo, Exequiel Pérez, Lucas Carball y Joaquín Celedón. Todos sostuvieron que venían de un baile, un cumpleaños, de quince, de Paloma, una prima de la novia de Rojo; -una amiga dijeron otros- en la calle Dorrego, cerca de Olascoaga de Las Heras (véanse registros audiovisuales del 24/08/2020, segunda parte, desde el minuto 00:21:08 en adelante, con relación al testimonio de Lucas Rojo; en cuanto al de Lautaro Carball, ver registro del 30/07/2020, a partir del minuto 00:26:00; respecto de Joaquín Celedón, ver registro del 30/07/2020, a partir del minuto 00:12:41; sobre la declaración de Exequiel Pérez García ver registro del 23/08/2020, primera parte, a partir del minuto 00:37:00; y finalmente, con relación a la declaración de Alan Sebastián Gutiérrez, ver registro del 13/08/2020, a partir del minuto 00:04:52).

A ello agregaron que, ya de vuelta, primero se adelantaron caminando Lautaro Carball y Sebastián Gutiérrez porque se les había pinchado la bicicleta y que cuando Rojo, quien iba en su moto con Exequiel Pérez llegaron al lugar y advirtieron que les estaban robando con armas, como eran muchos, Rojo dejó a Exequiel y fue en busca de Joaquín Celedón y es cuando a su regreso, salen varios sujetos de entre los árboles, del frente de la casa de Rodríguez, entre los que se encontraba la acusada y otra mujer, le quitan la moto que había quedado tirada en la calle y esta mujer, la acusada, apuñala a Rojo, metiéndose luego todos, junto a la moto, en su domicilio.

En este sentido debe destacarse que Gutiérrez señaló, ante la pregunta de la defensa acerca de si vio quién robó la moto, que «“[...] todos fueron, Andrea, él -refiriéndose al Toli-, y todos los que estaban con Andrea”, [...]» (ver registro audiovisual del 13/08/2020, a partir del minuto 00:20:30).

Más adelante, y ante la pregunta acerca de la participación de la acusada dijo que «“[...] fue quien le dio la puñalada a Rodrigo [...]”» y luego, ante una nueva pregunta, en el mismo sentido, esta vez de la defensa, contestó que era «“Andrea”», por la acusada (ver registros, minutos 00:16:40 y 00:24:30).

También fueron coincidentes los testigos en la descripción física de la acusada, la que, por otra parte y como bien señala el sentenciante, vive en el lugar de los hechos, vivienda que también fue descrita en forma coincidente con mención a la existencia de un automóvil gris afuera (ver registro audiovisual, entre otros testimonios, de Lautaro Carball del 30/07/2020, a partir del minuto 00:20:00; de Celedón del mismo día, segunda parte, a partir del minuto 00:08:21).

Reconocieron, además, que comenzaron a pelear con quienes les habían robado en primera instancia la campera a Gutiérrez y luego la motocicleta a Rojo. Destacaron que, en clara actitud defensiva, les arrojaron piedras a la casa e incluso gas pimienta por parte de Celedón y que cuando resultó herido Rojo una camioneta los auxilió para trasladarlo al Hospital Carrillo.

Del mismo modo el juez valoró en forma confirmatoria el testimonio del funcionario policial Alan Rojas, en cuanto a que Rojo le relató que gente que había salido de un mismo domicilio le sustrajo la moto y lo agredió a él y a sus amigos (ver registro audiovisual del 30/07/2020, 1ra. Parte, 00:10:00 en adelante).

De la lectura de los fundamentos de la sentencia impugnada por la defensa, en opinión que comparto, surge que al menos tres testigos, con absoluta claridad, sindicaron como la autora de las puñaladas recibidas por Rojo a Rodríguez o al menos que éstas fueron producidas por una mujer que salió de ese domicilio y que coincide con su descripción.

Al respecto el propio Rojo señaló que «“[...] “iban saliendo de un baile de la casa de una prima de mi novia, [...] eran cuatro amigos, dos caminando y uno con él en moto, [...] cuando llegan a la Dorrego y Olascoaga, habían cinco o seis pibes, les estaban robando, [...] me bajé, nos agarramos a pelear [...] y sale una señora rubia y me da dos puñaladas, una primero en la espalda y cuando me tocó lo tenía clavado, me lo saco y lo tiro al piso [...] y ahí lo agarra y me da otra puñalada más, y ahí empecé a correr, a correr y llegué a una parte del Barrio Espejo y me desmayé”, [...]» (ver registro audiovisual del 24/07/2020, primera parte, a partir del minuto 00:22:05).

Por su parte, Alan Sebastián Gutiérrez, manifestó conocer a la imputada porque era amiga de su madre y fue la imputada quien también reconoció que lo había cuidado de chico (ver audiencia del 13/08/2020, minutos 00:16:10, 00:24:30, dichos ya transcritos supra) y Joaquín Celedón refirió que «“[...] “a Lucas se le para la moto, salió una señora con un cuchillo y creo que lo apuñaló a él”» (ver audiencia del 30/07/2020, a partir del minuto 00:04:00).

Del mismo modo, de estos testimonios surge claro que el grupo que participó de los hechos investigados ascendió a más de cinco personas, lo que entendió acreditado del testimonio de las víctimas así como de la declaración de la propia imputada, de su hijo Exequiel y de Lucía Gómez, aun en una versión antagónica que fue desacreditada por el sentenciante.

Si bien la defensa insistió, ante las afirmaciones de algunos de ellos que salieron de detrás de los árboles, con el objeto de pretender desvincular el domicilio de la acusada del hecho, cierto es también que afirmaron que todos se introdujeron, luego en éste junto a la res furtiva.

Coincido en este sentido con el juez de la instancia previa, y lo dictaminado por el Procurador acerca de que la versión defensiva no encuentra asidero lógico. Ello así en tanto pretender que un sujeto en solitario, un tal «Toli», al que refieren como Rodrigo Giordano, frente a un grupo numeroso de amigos, dos en primera instancia caminando y luego tres más, movilizados en una moto, fueran víctimas pasivas de éste tanto de la sustracción de la moto como de las heridas proferidas con un arma blanca a Rojo y que sin motivo alguno, éstos últimos confundieran el domicilio de la acusada y la agredieran con piedras a pesar de sus ruegos, no resiste análisis alguno. Las contradicciones que pretende enarbolar la defensa a fin de desacreditar y minimizar el valor convictivo de los testimonios de las víctimas corren la misma suerte.

No sólo no resultan de relevancia alguna respecto del relato que se ha mantenido coincidente desde el momento del hecho hasta el mismo debate sino que no debe dejar de considerarse la edad de éstos, quienes incluso debieron ser asistidos por sus progenitores para poder rendir sus testimonios.

Al efecto considérese que Exequiel Pérez al momento del debate tenía dieciséis años, Lautaro Carball y Alan Sebastián Gutiérrez solo catorce años, mientras que únicamente eran mayores de edad Lucas Rojo de diecinueve años y Joaquín Celedón que contaba con veintiún años.

La coincidencia en los aspectos centrales del suceso se repite en cada uno de estos testimonios a los que debe sumarse el amedrentamiento que una de las testigos junto a la acusada, profirieron a Sebastián Gutiérrez para que retirara la denuncia, circunstancia que explicó durante el debate y motivó una declaración diferente a la rendida durante la investigación penal preparatoria (ver los registros audiovisuales del día 13/08/2020, minuto 00:13:56 en adelante).

En consecuencia la versión antagónica, tal como la conceptualiza el sentenciante, de la acusada y su entorno, su hijo Exequiel y Lucía Soloa, testigo presencial de lo acontecido según la hipótesis de la defensa así como la hermana de ésta Marisa Soloa, resultan insuficientes para desvirtuar los elementos convictivos antes analizados y que colocan a Rodríguez como autora de los hechos.

La defensa detalló las contradicciones de los testimonios de las víctimas, y soslayó, las incurridas por Exequiel Rodríguez, Lucía Gómez, Marisa Soloa y la propia acusada.

Las contradicciones señaladas por la defensa no son dirimentes.

Así, si Lucía Gómez se fue a las seis de la mañana luego del suceso como dijo Exequiel Rodríguez luego de estar toda la noche jugando a la Play o lo hizo a requerimiento de una llamada o un mensaje de WhatsApp de su madre a las diez u once de la mañana luego de quedarse a dormir en lo de la acusada; si llegó, como señaló Marisa Soloa, alterada por lo sucedido y al encontrar en el domicilio al tal Toli, entre todos, por lo acontecido, lo sacaron de su casa junto a la motocicleta.

De igual modo, la participación de éste en el hecho sugerida, tal como efectivamente lo señalara el Ministerio Público, no aporta elemento desvinculatorio alguno a la intervención de Rodríguez en orden a las testimoniales rendidas.

A lo sumo pudo haber cabido distinción en orden a su grado de participación. Entiendo también, que es necesario hacer algunas aclaraciones en orden a lo señalado por la defensa en su recurso en cuanto

pretende valorar declaraciones testimoniales rendidas durante la investigación penal preparatoria para poder afinar el estado de duda que entiende persiste en la causa luego del debate y por el que articula la nulificación de la sentencia.

He de señalar también que las contradicciones, a más de no resultar dirimientes y que fueron suficientemente tratadas por el sentenciante, fueron zanjadas durante el debate oral, en tanto se permitió la lectura de la declaración rendida en la investigación penal preparatoria y su posterior cotejo con el testimonio oral del debate, y puestos a consideración ambos, los testigos dejaron expresamente aclarados los hechos sobre las que éstas radicaban.

Dejo sentado, para mayor claridad, que son estos testimonios, únicamente, los rendidos en ocasión del debate oral, con amplio ejercicio del contradictorio por las partes, son los que deben ser considerados con mérito convictivo.

Aquellos otros, los rendidos en la investigación fiscal, solo tienen por objeto, dar base a la acusación, es decir, otorgar al Fiscal de Instrucción el convencimiento de que el imputado es punible como partícipe del hecho que se le atribuye, al menos en grado de probabilidad, la que podrá o no tener acogida en la instancia del juicio, pero sí es su antecedente ineludible.

De allí el contenido de los **arts. 357 y ss. del CPP**.

En mérito a lo expuesto, considero que los cuestionamientos formulados por la impugnante no logran enervar la fundamentación del juez en torno a los motivos que lo convencieron de que una de los autores del hecho intimado fue Andrea Elizabeth Rodríguez.

Asimismo añado que el **método de interpretación de la prueba** que utilizó es aquel que esta Sala ha sostenido en numerosas ocasiones señalando que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimentos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (LS 388-219).

Asimismo, «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (LS 381-233; 382-107; 388-219; 398-42, entre otros).

En función de lo expuesto, concluyo que los agravios formulados con relación a la causa P-770.800/11 no pueden tener acogida favorable y la condena impuesta debe ser confirmada.

Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la imputada vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Andrea Elizabeth Rodríguez, cuyas copias se hallan digitalizadas.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

14- GOMEZ. 08-06-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
			AI											474
-	-	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=568>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo Agravado. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años y seis meses de prisión** en efectivo, como autor del delito de robo agravado por ser cometido con un arma impropia y por el uso de arma de fuego no habida

La **defensa** interpone recurso de casación al considerar que la sentencia cuestionada contiene un vicio in procedendo puesto que, a su criterio, la fundamentación del resolutivo atacado es insuficiente o aparente.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, ya que el Tribunal valoró las pruebas recabadas en conjunto y de forma razonada para llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado. Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia condenatoria impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, confirmando la sentencia N° 1.448 y sus fundamentos, imponiendo las costas a la vencida, difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad y remitió las actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1448 (17-03-21), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Pereira Soria. 04-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcPereira.pdf
- Salinas Gil. 22-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=418>

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

(A.H.)

Fallo:

CUIJ: 13-05685706-5/1((018602-734271)) FC/ GOMEZ HUGO MARCELO P/ ROBO AGRAVADO (734271) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105870203*

En Mendoza, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05685706-5, caratulada "FC/GÓMEZ HUGO MARCELO P/ ROBO AGRAVADO P/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Hugo Marcelo Gómez promueve recurso de casación contra la sentencia N° 1.448, de fecha 17 de marzo de 2.021 obrante a fs. 46, y sus fundamentos de fs. 47/51, mediante la cual se condena al nombrado a la pena de siete años y seis meses de prisión en efectivo, como autor del delito de robo agravado por ser cometido con un arma impropia y por el uso de arma de fuego no habida (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54 y 166 inc. 2 tercer párrafo del CP).

El pronunciamiento fue dispuesto por sala unipersonal del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción judicial en autos N° P 734271/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa del acusado, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «[...] el imputado junto a otro sujeto no habido a la fecha, en carácter de coautores, lograron desapoderar a la víctima de autos de objetos varios, utilizando para lograr su amedrentamiento y posterior apoderamiento, un arma de fuego, la que fue utilizada no sólo para intimidar a la víctima mediante su exhibición, sino que fue también utilizada como arma impropia al golpear a la víctima con ella. Arma que no fue habida a efectos de ser periciada y constar su adecuado funcionamiento. De este extremo da cuenta la víctima en su relato, que como dije fue corroborado con el informe médico que obra a fs. 11 de autos».

Para así decidir el juez valoró las declaraciones testimoniales brindadas en el curso del debate por: Antonella Estrada, Ramona Aguirre, Flavia Miraval y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

El defensor técnico de Jorge Echavarría promueve recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Ello, al considerar que la sentencia cuestionada contiene un vicio in procedendo puesto que, a su criterio, la fundamentación del resolutivo atacado es insuficiente o aparente.

Expresa el recurrente que no fue posible derribar el principio de inocencia en cabeza de su asistido, en razón de que en la investigación penal preparatoria no probó de manera fehaciente y concreta la participación de Hugo Gómez en el hecho.

Refiere que la valoración de la prueba fue errónea ya que no se han valorado las contradicciones en las que incurre la denunciante sobre el hecho, sobre los testigos y sobre su asistido.

Manifiesta que Gómez en un primer momento declaró que el día y hora del hecho se encontraba en la casa de Flavia Miraval y en el debate Miraval señaló que Gómez se había quedado a dormir esa noche en su casa.

Cuestiona que no se haya valorado el resultado negativo del allanamiento en relación a que no se le pudo encontrar armas ni objetos que lo vincularan al hecho.

Señala que la víctima incurre en contradicciones ya que a fs. 1 expresó que la testigo Carina Lazo había visto todo lo que pasó, sin embargo, tal circunstancia fue negada por Lazo a fs. 301 vta.

Considera que también incurrió en contradicción la denunciante puesto que a fs. 1 vta. describió el arma que dijo haber visto, en tanto que en el debate, al ser preguntada expresó que no la vio y que le pareció que era un arma.

Critica la introducción en el hecho de **la intervención de un menor de edad** del que nunca se acreditó su existencia en el expediente y que el fiscal al alegar excluyó como agravante y que no se entiende el motivo por el cual el juez impuso tal agravante.

Alude a la presentación de un video por parte de la denunciante en el que no aparece su asistido. Expresa que el monto de pena asignado resulta inconstitucional en cuanto a su mínimo si se la relaciona con el delito de homicidio y que resulta excesiva por lo que reclama se reconsidere la misma.

Por último, solicita se revoque la sentencia y se ordene la absolución de Gómez o, en subsidio, que se le aplique el mínimo de la pena la que, en razón de las circunstancias que alega, considera no debiera superar los tres años.

III.- Dictamen de la Procuración General

El Procurador General se expide a fs. 69/71. Señala que el recurso procede formalmente pero que, sin embargo, no resulta sustancialmente procedente y corresponde que se rechace confirmándose la validez de la sentencia impugnada.

Entiende que el Tribunal valoró las pruebas recabadas en conjunto y de forma razonada para llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado.

Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia condenatoria impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Del análisis del recurso de casación formulado y la sentencia cuestionada, anticipo opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados y confirmar aquélla, toda vez que no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

En primer lugar, corresponde aclarar que no concuerdo con la crítica del recurrente en torno a la invocada insuficiencia o apariencia de fundamentación.

Por el contrario, de la lectura del acto sentencial emerge que el juez detalló los elementos de prueba válidamente incorporados y los valoró conforme a los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, vinculando unos medios convictivos con otros.

De tal manera es que estableció la plataforma fáctica con base a la cual tuvo por acreditado el hecho atribuido a Hugo Marcelo Gómez. En este sentido concuerdo con el titular del Ministerio Público Fiscal, en relación con el valor otorgado al testimonio de Antonella Estrada, víctima de autos.

Al respecto advierto que el magistrado valoró su testimonio procediendo a examinar sus manifestaciones vinculándolas con el relato efectuado al formular denuncia, como también descartó, en forma acertada a mi criterio, animosidad contra el acusado y entendió que se veían corroboradas por otros medios probatorios independientes.

En efecto, en audiencia de debate, en primer orden, la testigo Antonella Estrada expresó los temores que sentía al deponer en el debate, los inconvenientes sufridos con familiares del acusado y las consecuencias que sufrió en el embarazo que cursaba a raíz del hecho.

A continuación, brindó su versión sobre el hecho investigado que, en lo esencial, no difiere con lo denunciado a fs. 1/2 (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 15 de marzo de 2021, a partir del minuto 10.10).

Al respecto concuerdo con las apreciaciones formuladas por el juez de la instancia anterior en torno a las contradicciones referidas por el defensor del acusado en los alegatos.

En otras palabras, comparto que el transcurso del tiempo, como señala Estrada –atento a que el hecho ocurrió a fines del mes de julio del año 2019, en tanto el debate se llevó a cabo a principios del año 2021–, operó sobre su memoria al momento de no poder describir el arma, circunstancia ésta que no se contradice con lo declarado al formular denuncia.

Por otro lado, resulta plausible la explicación brindada por el juez en relación con la contradicción alegada por la defensa en el debate y también en esta instancia, relativa a que Estrada dijo que Lazo había visto lo sucedido en tanto que esta última señaló que no vio el hecho.

En este sentido refiere el juez que ello podría explicarse con base al temor de Lazo –quien declaró como testigo de identidad reservada– o bien porque tiene dificultades en la vista y en el momento del hecho no llevaba puestos los lentes (ver fs. 50)

Además, debe señalarse que al ser examinada la testigo por la defensa del acusado Estrada expresó, a preguntas del letrado, que con anterioridad al hecho aquí investigado ni ella ni su familia tenían

inconvenientes con el acusado (ver registro audiovisual de fecha 15 de marzo de 2021 a partir del minuto 33.49).

De manera tal que en forma acertada el juez de sentencia descartó animosidad en el testimonio prestado por la víctima.

En otro orden, debe decirse que el juez también consideró corroborado el hecho denunciado por Antonella Estrada con la constatación de las lesiones sufridas por parte del profesional de Sanidad Policial que la revisó –ver fs. 50–.

En ese sentido advirtió que las lesiones verificadas resultaban compatibles con la narración de la víctima relativa a que sufrió un golpe con el arma de fuego en su cabeza proferido por Gómez.

No conmueve las conclusiones a las que se llega en la sentencia condenatoria el resultado negativo del allanamiento llevado a cabo en relación con la falta de hallazgo de los objetos sustraídos a Estrada y el arma utilizada en el hecho.

El defensor pretende al respecto que tal evento resulta desincriminatorio con relación a su asistido. Soslaya el recurrente que desde un primer momento la testigo sindicó como uno de los autores del hecho a Hugo Marcelo Gómez y que la descripción efectuada respecto a su morfología y los tatuajes que presentaba coinciden con la fisonomía que presenta el acusado, tal como refiere el juzgador (ver fs. 50 vta.).

De tal manera no puede tener la relevancia que pretende asignarle la defensa la circunstancia vinculada al hallazgo negativo de elementos vinculados al hecho en poder del acusado cuando se realizó allanamiento.

Tampoco enerva la fundamentación de la sentencia la referencia formulada por el recurrente en torno a la calificación legal atribuida al hecho incriminado.

Contrariamente a lo que la defensa afirma el juez no entendió que agravaba la conducta del acusado la participación de un menor de edad.

En efecto, de la lectura del resolutivo (fs. 46, punto 1), como del acápite pertinente de la segunda cuestión de los fundamentos de la sentencia (ver fs. 50 vta./51), se desprende que la conducta asignada a Gómez se subsumió en las previsiones del delito de robo agravado por el uso de arma impropia y por el uso de arma de fuego no habida –arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54 y 166 inc. 2 tercer párrafo del CP–.

Finalmente, y en relación con el agravio que esboza respecto al monto de la pena individualizada considero que, tal como refiere el Procurador General, aquella se inserta en el marco penal de la figura correspondiente al hecho y el juez fundó adecuadamente las razones en virtud de las cuales se apartó del mínimo legal e impuso la pena de siete años y seis meses de prisión.

Así, valoró la gravedad del injusto ponderando negativamente que el hecho transcurrió en horas de la noche, la pluralidad de autores, y el estado de indefensión de la víctima particularmente vulnerable en razón de su estado de gravidez.

Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación deducido por la defensa de Hugo Marcelo Gómez, comparto la conclusión a la que llegan mis colegas de Sala, basada en la **valoración probatoria** efectuada en esta instancia.

No obstante ello y aún cuando no ha sido motivo de agravio, corresponde remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en **«Pereira Soria» y «Salinas Gil»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Hugo Marcelo Gómez y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.448 y sus fundamentos dictada por sala unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

15- OROZ MACEDO. 23-06-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=552>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo; 183, 150, 55, 58 del CP.

Vox: Robo. Arma impropia. Unificación de pena. Inhabilitación absoluta. Cómputo de pena. Método composicional vs. Método aritmético -suma aritmética-. Falta de método estipulado en el CP. Reedición de fundamentos manifestados de la audiencia. Unificación de condena.

Summa:

El **TPC** unificó las penas impuestas al acusado y lo condenó a la **pena única de ocho años de prisión** con más la inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, multa de tres centavos de peso, accesorias legales y costas.

El **MPF** interpone recurso de casación. Afirma que conforme al art. 58 del CP correspondía unificar las penas sobre las bases de la suma de aquellas originariamente impuestas y firmes. Indica que debió utilizarse la suma aritmética y no el método composicional, el cual no se encontraba debidamente fundado en su utilización por el a quo.

El **Procurador General** se remitió el recurso de casación formulado, que mantuvo.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1.404, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Díaz Davalos. 25-10-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI2NTM=&tabla=c2M=>
- Roldán Cajal. 05-05-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIwNjI=&tabla=c2M=>
- Vega Ríos. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181226_FcVRR.pdf
- Barros Soto. 01-11-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzNzA=&tabla=c2M=>
- Vera Fuenzalida. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181227_FcVFJ.pdf

b-CSJN

- 212:403. 06-12-48: <http://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomoPagina?tomold=212#page=403>

- 340:1430: 24-10-17:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7410922&cache=1691797487715>
- 340:829: 13-06-17
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7379322&cache=1691797608151>
- 333:866: 08-06-10:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6853481&cache=1691797773510>
- Gago. 06-05-08:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6433571&cache=1691834851112>

c-CFCP

- Marino. 27-12-10.
- Navarro villalba.

Precedentes relacionados

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Parágrafo destacado

*“...La jueza descartó en primer lugar el método aritmético, y fundó su selección del método compositivo en la consideración de que «[...] **la intangibilidad de la sentencia firme con certeza alcanza a la declaración de los hechos, la calificación legal y la imposición de la pena, más no así, al monto de la misma.** Dicho de otro modo, el hecho de que estemos en presencia de una **unificación de penas, no nos obliga a aplicar forzosamente el sistema aritmético**, y ello por una cuestión muy sencilla: las borrosas construcciones que distinguen entre un pretendido “método compositivo” y un pretendido “método aritmético”, no se infieren directamente de la ley. Pues en definitiva, cuando se trata de dictar la pena única en cualquiera de los dos supuestos comprendidos en el art. 58 del Código Penal, la ley dispone que el juez construya una escala compuesta según las reglas del art. 55. Dentro de esa escala, el juez está habilitado a fijar la pena total teniendo en cuenta la culpabilidad y el reproche merecido por todos los injustos de los que el condenado ha sido responsable, según las pautas de los arts. 40 y 14 del Código Penal. De manera tal que la cuestión no consiste en definir si la pena debería expresar la suma aritmética de las penas singulares o una menor, sino en establecer el **reproche por los injustos objetivos, y después, en considerar los elementos que podrían atenuar la pena ajustada a ese reproche**»...”*

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05437991-3/1((018601-116558)) F. C/OROZ MACEDO, JORGE DIONEL U OROZ MACEDO, JORGE DIONEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (DOS HECHOS) DAÑO, SIMPLE Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO, TODO EN CONCURSO REAL (ARTS. 166 INC. 2º, 1º SUPUESTO, 183, 150 Y 55 DEL C.P.)? (116558/15) (116558) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105616168*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05437991-3/1 caratulada "F. c/ OROZ MACEDO, JORGE DIONEL O DANIEL P/ ROBO AGRAVADO.... (116558/15) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. OMAR A. PALERMO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. JOSÉ V. VALERIO.

El representante del Ministerio Público Fiscal formula recurso de casación contra la sentencia N° 1404 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto unificó las penas impuestas al acusado Jorge Dionel o Daniel Oroz Macedo en los autos N° P116558/15 y 33215/2019/TO1 en la pena única de ocho años de prisión con más la inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, multa de tres centavos de peso, accesorias legales y costas (arts. 58 y 12 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada es la N° 1404 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que unificó la pena impuesta por la entonces Séptima Cámara del Crimen en los autos P116558/15 en fecha 23/05/2016 con la impuesta por el Tribunal Oral Federal N° 1 en los autos N° 33215/2019/TO1 el 28/07/2020.

En la primera causa aludida se condenó al acusado Oroz Macedo a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, con más la declaración de reincidencia por un hecho cometido en fecha 27/10/2015.

En la segunda, se lo condenó a la pena de tres años de prisión y multa de tres centavos por un hecho que tuvo lugar el 04/08/19, mientras el acusado se encontraba detenido cumpliendo la pena anteriormente señalada.

El tribunal de la instancia previa unificó ambas penas en la pena única de ocho años de prisión con más la inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, multa de tres centavos de peso, accesorias legales y costas (arts. 58 y 12 del CP).

2.- Recurso de casación

El Ministerio Público Fiscal afirma que conforme al art. 58 del Código Penal correspondía unificar las penas sobre las bases de la suma de aquellas originariamente impuestas y firmes.

Destaca que las penas impuestas superaban el mínimo de las escalas correspondientes, y que para representar fielmente el grado de reproche formulado en su oportunidad por los tribunales de juicio debía sumarse ambas sanciones.

Cita jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia según la cual «[...] la unificación de penas prevista en el art. 58 del Código Penal debe efectuarse sumando la totalidad de la pena anterior con la pena impuesta en la sentencia unificadora. Una vez firme la resolución que establece la pena única a cumplir por el condenado, corresponde practicar el cómputo respectivo [...]. A esos fines, debe computarse el tiempo cumplido en la primera condena y el cumplido preventivamente en la última causa, restando estos plazos a la pena total que surge de la unificación» (conf. LS 568-197).

También cita jurisprudencia registrada en L.S. 573:206, según la cual **el método compositivo** debe ser usado sólo de manera excepcional, mientras que la regla en la unificación de penas debe ser la suma aritmética de los montos.

Así, cuestiona la falta de justificación de la sentencia respecto al uso del método compositivo, puesto que la jueza se remitió a la determinación de penas efectuada en las sentencias condenatorias sin incorporar razones que justificaran una atenuación.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se remitió al recurso de casación formulado, que mantuvo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que por los motivos que en lo sucesivo se exponen a mi juicio corresponde rechazar el recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal en autos.

Las razones que sustentan esta decisión, que serán luego desarrolladas, son tres: en primer lugar, que el Código Penal no establece un método para unificar penas (i); en segundo lugar, que la jueza a quo ha fundamentado suficientemente la decisión unificadora, sin que se advierta arbitrariedad u otros vicios procedimentales (ii); en tercer lugar, que el recurso de casación impetrado se limita a reiterar la posición manifestada durante la audiencia en la que se sustanció la cuestión, sin aportar nuevos argumentos o críticas al razonamiento contenido en la resolución (iii). Veamos.

i-Método de unificación de pena. Art. 58 CP

i.- Como primera cuestión debe quedar establecido que el objeto de disputa es el método para unificar las penas impuestas.

Conforme lo dispone el art. 58 del Código Penal, corresponde unificar penas en aquellos supuestos en que una persona, luego de haber sido condenada por un delito, comete otro antes de que se produzca el cumplimiento de la pena impuesta; ello a fin de que no coexistan dos sanciones independientes en relación a una misma persona, tal como ha ocurrido en estos obrados (conf. «Díaz Dávalos»).

Esta operación no debe ser confundida con la **unificación de condenas**.

Si bien el art. 58 del CP no distingue en forma expresa entre unificación de penas y unificación de condenas –hipótesis que por su naturaleza jurídica conducen a soluciones distintas–, lo cierto es que la unidad de respuesta punitiva encuentra fundamento en el principio republicano (conf. «**Roldán Cajal**») y ha sido reconocida en numerosas oportunidades por la CSJN (conf. Fallos 212:403; 340:1430; 340:829; 333:866, entre otros).

En el caso del concurso real se impone una única condenación, es decir, un único acto jurisdiccional por el que se condena al sujeto como autor de todos los delitos.

Es por ello que ante un concurso real juzgado en pluralidad de sentencias corresponde una unificación de condenas, en la que el tribunal que impone la pena total puede aplicar su propio criterio dentro de la escala penal que se indica para la pena total en los arts. 55, 56 y 57, sin quedar obligado a respetar como mínimo la pena impuesta por la sentencia anterior, sino que puede unificar condenas imponiendo incluso una pena inferior a aquélla.

Los únicos límites que tiene el tribunal que unifica condenas están dados –por un lado– por los hechos y la calificación legal establecida en la sentencia y –por otro–, en lo que respecta a las penas que se abarcan con ese acto, en donde no puede imponerse una pena superior a la suma de todas las penas impuestas. Cabe agregar que al unificar las condenas desaparece la anterior condenación –la forma en que fue impuesta y la modalidad con que se ejecutaba la pena–, siendo reemplazada por una única condena para todos los delitos (conf. «**Roldán Cajal**», en el mismo sentido, «**Vega Ríos**»).

Otra es la hipótesis de unificación, que es la que corresponde efectuar respecto de delitos cometidos después de la primera sentencia firme.

En estos casos la condenación no desaparece porque, en el momento en que fue pronunciada, no violaba ninguna regla de condenación única, puesto que ese acto jurisdiccional condenó por el único delito cometido.

Al quedar en pie la condena, tampoco puede caer la pena, que se mantiene vigente hasta la sentencia firme que pronuncia la condenación por el segundo delito.

De ello se desprende que lo que debe tomarse en cuenta es la pena del primer delito que no fue cumplida (o en la parte en que aún no fue cumplida) al momento de la sentencia unificadora y la pena del segundo delito (conf. «**Roldán Cajal**», en el mismo sentido, «**Vega Ríos**»).

Ahora bien, las normas no establecen una metodología específica para practicar la unificación de pena en los casos en que es procedente el art. 58 del C.P.

Esta Sala Segunda ha convalidado tanto el empleo del **método compositivo** solicitado por la defensa –véase «**Barros Soto**»–, como del **método aritmético** planteado por el Ministerio Público Fiscal –véase «**Vera Fuenzalida**»–.

Incluso esta Sala, con una integración parcialmente diferente a la actual, ha propuesto un sistema de regla-excepción para selección de uno u otro método: aritmético como regla si las penas impuestas fueron superiores al mínimo, compositivo como regla si una o ambas fueron iguales al mínimo legal –conf. «**Vega Ríos**»–.

Tal sistema, meramente orientativo, ha sido invocado por el Fiscal en su impugnación. Se trata de un criterio que pretende ordenar y aportar racionalidad a la toma de decisiones en este ámbito no legislado, y que, como se sostiene en aquel precedente, no implica que la decisión al respecto no deba fundarse: «[d]e más está decir que, de acuerdo al juego de la regla-excepción descripto para ambos casos, la decisión de recurrir y optar por el mecanismo excepcional, sea este el de la composición o el de la suma aritmética, debe ser fundada» (conf. «**Vega Ríos**», con cita del criterio de la CSJN in re «**Gago**», Fallos 331:1099).

ii. Método compositivo y aritmético.

ii.- En el caso que nos ocupa la jueza a quo tuvo presente que la defensa solicitó el empleo del método compositivo y solicitó la pena unificada de 6 años de prisión, y que el fiscal requirió el uso del método aritmético y la imposición de una pena unificada de 9 años de prisión.

La jueza descartó en primer lugar el método aritmético, y fundó su selección del método compositivo en la consideración de que «[...] **la intangibilidad de la sentencia firme con certeza alcanza a la declaración de los hechos, la calificación legal y la imposición de la pena, más no así, al monto de la misma.** Dicho de otro modo, el hecho de que estemos en presencia de una **unificación de penas, no nos obliga a aplicar forzosamente el sistema aritmético**, y ello por una cuestión muy sencilla: las borrosas construcciones que distinguen entre un pretendido “método compositivo” y un pretendido “método aritmético”, no se infieren directamente de la ley. Pues en definitiva, cuando se trata de dictar la pena única en cualquiera de los dos supuestos comprendidos en el art. 58 del Código Penal, la ley dispone que el juez construya una escala compuesta según las reglas del art. 55. Dentro de esa escala, el juez está habilitado a fijar la pena total teniendo en cuenta la culpabilidad y el reproche merecido por todos los injustos de los que el condenado ha sido responsable, según las pautas de los arts. 40 y 14 del Código Penal. De manera tal que la cuestión no consiste en definir si la pena debería expresar la suma aritmética de las penas singulares o una menor, sino en establecer el **reproche por los injustos objetivos, y después**, en considerar los elementos que podrían atenuar la pena ajustada a ese reproche». Apoyó tal toma de posición en el precedente «Marino, Marcelo Miguel» de la CFCP. También señaló que «[...] en la medición de las penas singulares, es pertinente tomar en cuenta consideraciones preventivas, sólo en cuanto ellas conduzcan a la fijación de una pena menor o menos grave que la adecuada a la culpabilidad por el injusto», con cita del criterio sostenido en el caso «Navarro Villalba» por la CFCP.

Sin embargo, tras adoptar el método sugerido por la defensa descartó el monto de pena solicitado por esa parte, puesto que «[...] lo dicho antes no implica ignorar la existencia de dos injustos penales con sus respectivas penas, por lo cual obviar dicha circunstancia y mantener incólume la pena de seis años de prisión originalmente impuesta por la ex Séptima Cámara del Crimen resulta contrario a toda lógica. Dicho de otro modo: la pena única propuesta por el Sr. Defensor no puede prosperar, en razón de la pluralidad delictiva». También asignó parcialmente razón al argumento fiscal según el cual la segunda condena impuesta debía ser ponderada negativamente, puesto que «[...] pone en evidencia el escaso interés del justiciable en comenzara transitar el camino de la resocialización, y de cuenta del incumplimiento de la normativa a la cual debe adecuarse».

Por último, y tras señalar que las partes no habían propuesto más criterios para la unificación que los mencionados, la jueza impuso la pena ya señalada por considerarla adecuada en atención a los injustos

culpables, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes consignadas en ambas sentencias y lo dispuestos por los arts. 40 y 41 del CP.

La fundamentación reseñada demuestra que la decisión jurisdiccional recurrida se encuentra suficientemente motivada tanto en la selección del método de unificación como en el monto de pena a imponer, sin que se advierta arbitrariedad o vicios de ninguna índole.

iii. Método de unificación seleccionado. Fundamentos.

iii.- Resta por último señalar que el recurso planteado por el representante Fiscal se ha limitado a impugnar el método de unificación seleccionado, sin cuestionar los argumentos brindados por la a quo ni las razones en que se basó para imponer la pena unificada de 8 años de prisión, multa e inhabilitación.

Con relación al precedente «Vega Ríos» también citado, debe señalarse que el mismo establece –como se vio– un criterio jurisprudencial orientativo y ordenatorio sobre el método a emplear como regla, pero no impide el uso excepcional del método contrario, máxime cuando el Tribunal lo hace –como ocurre en este caso– de manera fundada.

En suma, de lo hasta aquí analizado, habiendo quedado descartada la supuesta falta de motivación o arbitrariedad en la sentencia recurrida, como también la inexistencia de alguna pauta legal que pueda entenderse como inaplicada o erróneamente aplicada, estimo que ella no puede desvirtuarse como acto jurisdiccional válido.

Ha quedado suficientemente revelado que, en el caso, el tribunal de la instancia previa ha cumplimentado con su obligación de motivar las resoluciones judiciales, tal como lo impone el art. 155 del rito penal, bajo pena de nulidad, basando válidamente la resolución en las pautas contenidas en la normativa que rige la materia, brindando las razones legales concretas que sustentaron la decisión aquí recurrida.

De este modo, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

16- BORDON GUTIERREZ. 25-06-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	ANA	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=521>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo ,1° supuesto del CP. Art. 399 del CPP. Art. 75 inc. 22° CN. Art. 26 DADH. Art. 10 DUDH. Art. 8.1. CADH. Art. 14.1. PIDCP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Arma sin aptitud. Sistema acusatorio adversarial. Participación activa del Juez en los interrogatorios. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2 párr. 3 del CP).

La **defensa** interpuso recurso de casación indicando que el Juez se excedió en su rol dentro del sistema acusatorio adversarial interrogando a los testigos y excediéndose de lo estipulado por el art. 399 del CPP.

El **Procurador General** entendió que debía hacerse lugar al recurso de casación atento a que el Juez se involucró en la tarea investigativa. Solicitó se anule la sentencia dictada y se disponga el reenvío al Tribunal de origen a fin de que se lleve a cabo un nuevo juicio.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación, anuló el debate, la sentencia dictada y remitió las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 para que efectúen nuevo sorteo de Magistrado y se lleve a cabo un nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 914, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mupardo Dupox. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Calderón Castro. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCalderon.pdf
- Gómez, Lucas E. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcGomez.pdf
- Chacón Moyano. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf

Parágrafos destacado

“...estimo que el juez de la instancia previa tuvo durante el debate oral una indebida intervención activa, extralimitándose en el ejercicio de la función jurisdiccional, y asumiendo facultades propias del órgano acusador. Esto resulta contrario a lo que impone el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio de corte adversarial vigente...” (...) *“...los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el*

sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, ya sea en forma espontánea o a modo de respuestas provocadas sobre preguntas formuladas por los litigantes. Mas no pueden hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso, puesto que, de actuar en este último sentido, rompería con su actuación la igualdad entre las partes y la garantía de imparcialidad e imparcialidad...”.-

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04960994-3/1((018601-721621)) FC/ BORDON GUTIERREZ VICTOR HUGO P/ ROBO AGRAVADO (721621) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105130809*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04960994-3/1 caratulada "F. C/ BORDON GUTIERREZ, VÍCTOR HUGO P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del imputado Víctor Hugo Bordón Gutiérrez interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 914 (fs. 185 y vta.) y sus fundamentos (fs. 187/205), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión con los beneficios de ejecución condicional, con costas, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2 párr. 3 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-721.621/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en el requerimiento acusatorio de citación a juicio obrante a fs. 144/147 vta., esto es, que para fecha 13 de junio de 2019, siendo aproximadamente las 22:30 hs, en la intersección entre calle Araujo y calle "3" del departamento de Guaymallén, Víctor Hugo Bordón Gutiérrez abordó a Jorge Eduardo González Chávez, María Ester González y Anahí Triviño, les exhibió un arma de fuego de color negro y le sustrajo a Jorge Eduardo González Chávez una mochila de color negro marca Nike con varios elementos en su interior para luego darse a la fuga del lugar del hecho. Posteriormente, las víctimas observaron nuevamente a Víctor Hugo Bordón Gutiérrez, por lo que dieron aviso al 911 y un móvil que se desplazó al lugar del hecho procedió a la aprehensión del encartado, sin recuperar los elementos sustraídos (ver fundamentos, fs. 195).

Para resolver de ese modo, el juez a quo valoró las declaraciones testimoniales prestadas durante la audiencia de debate por Jorge Eduardo González Chávez, Carla Anahí Triviño, Carlos Rolando Triviño, Elías Manuel Carabajal, Juan Genaro Cano Burgos y Gastón Rodrigo Masrur Pérez.

Los términos de sus manifestaciones los corroboró con los diversos elementos de prueba obtenidos durante la investigación penal preparatoria, incorporados con el consentimiento de las partes al juicio oral, entre los que destacan los siguientes: el acta de denuncia de fs. 1/2 vta.; el acta de procedimiento de fs. 8; el croquis ilustrativo de fs. 10; el acta de aprehensión de fs. 11; el acta de visu de fs. 16; el acta de reconocimiento en rueda de personas de fs. 110; y el desgravado de las comunicaciones del CEO de fs. 119/122.

Finalmente, la sentencia también valoró la versión aportada por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material y le restó peso convictivo a los términos contenidos en la misma.

2.- El recurso de casación

La defensa del encausado formula recurso de casación contra la resolución arriba individualizada en razón de lo dispuesto en el inc. 2 del art. 474 del CPP, esto es, por entender que existen vicios formales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

El impugnante considera que la sentencia resulta nula desde que la labor desarrollada por el tribunal de juicio vulnera pautas mínimas que garantizan el debido proceso legal, particularmente aquellas vinculadas con la garantía de imparcialidad del juzgador, así como también, contra las reglas de la sana crítica racional.

Señala que, durante todo el debate oral, el juez *a quo* tuvo una **indebida intervención activa**, puesto que asumió facultades que son propias del órgano acusador, lo que en definitiva resulta contrario de aquello que impone el modelo acusatorio adversarial vigente.

En ese sentido, advierte esa actitud proactiva de parte del sentenciante cuando formuló preguntas a los testigos que excedieron los márgenes de actuación determinados por el art. 399 del rito penal.

Sostiene que la situación de interrogación excesiva del juez se colige en múltiples pasajes de los testimonios producidos durante el juicio oral. Para ello, enumera y detalla esas intervenciones en el marco de la declaración del acusado, y del resto de los testigos que depusieron en la audiencia respectiva.

Luego de contabilizar que el juez realizó alrededor de ciento cincuenta preguntas en dos horas y treinta y tres minutos de audiencia, una pregunta por minuto aproximadamente, concluye en que éstas no fueron realizadas con el fin de aclarar los dichos de los testigos, ya que en su mayoría consistieron en interpelaciones sugestivas, afirmativas y directas que, incluso, encerraron prejuicios y valoraciones.

Estos aspectos, a criterio del recurrente, revelan que esa actividad interrogativa estuvo enderezada a conducir de manera evidente el interrogatorio e introducir información a la causa, llegando al punto de dirigir a una testigo a que reconozca y señale a la persona acusada que estaba sentada en la sala de debates.

En base a ello, considera que el magistrado ha suplido la actividad de la acusación pública e impedido la labor defensiva, lo que determina el vicio nulificante de la sentencia cuestionada y sus fundamentos.

Cita jurisprudencia local para respaldar la validez de sus premisas.

Formula expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo defensivo debe ser acogido en esta instancia, pues existen agravios que resultan sustancialmente procedentes.

Señala que el análisis del soporte audiovisual en que quedó registrado el debate oral revela la activa participación del juez de la instancia previa, quien efectuó preguntas aclaratorias y otras que no poseen dichas características sino que, más bien, lucen tendientes a averiguar la verdad de los hechos.

Refiere que en los pasajes de las declaraciones prestadas por los testigos citados al debate se advierten interrupciones mediante intervenciones por parte del juez que son contrarias al principio acusatorio adversarial vigente, que impide la posibilidad de realizar ese tipo de interrogaciones a fin de no atentar contra el derecho de defensa.

Afirmar que no se observa plenamente respetado por el a quo el límite impuesto por el art 399 del CPP al regular la forma del interrogatorio del Tribunal, en cuanto sólo permite al presidente y a los vocales formular preguntas «aclaratorias» de la declaración, pero que de ningún modo permite involucrarse con la actividad investigativa.

En base a todo ello, solicita se anule la sentencia dictada y se disponga el reenvío para la realización de un nuevo juicio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa considero que corresponde hacer lugar al remedio casatorio interpuesto oportunamente por la defensa del acusado. Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Según se observa de la reseña efectuada en el acápite pertinente, la defensa ha cuestionado el excesivo activismo que ha mostrado el juez de sentencia durante el debate, lo que a su juicio redundaría en una afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador y, de allí, en la defensa en juicio.

En concreto, refiere que el sentenciante intervino indebidamente durante la sustanciación de la prueba testimonial en el juicio, al formularle a los testigos preguntas que, cuantitativa y cualitativamente, excedieron los márgenes de actuación permitidos por la manda procesal.

Esta situación, por su irregularidad, contaminó la calidad de la prueba introducida al debate, vulnerando de ese modo las reglas de la sana crítica racional.

Comparto el planteo sostenido en este punto por el recurrente, en tanto de la revisión practicada en virtud del recurso de casación en trato, mediante la reproducción del registro audiovisual de la audiencia de debate llevada a cabo, surge que han resultado vulneradas la **imparcialidad e imparcialidad** del juzgador, lo que provoca la nulidad absoluta de la sentencia resistida.

En efecto, estimo que el juez de la instancia previa tuvo durante el debate oral una indebida intervención activa, extralimitándose en el ejercicio de la función jurisdiccional, y asumiendo facultades propias del órgano acusador.

Esto resulta contrario a lo que impone el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio de corte adversarial vigente, tema que este Cuerpo ya ha abordado ampliamente en los precedentes **«Mopardo Dupox» y luego en «Flores González»**; desarrollo argumental que sustentó igualmente los pronunciamientos alcanzados en diversas actuaciones posteriores (**«Calderón Castro»**, **«Gómez, Lucas Emmanuel»**, **«Chacón Moyano»**, entre otros).

En este sentido, conviene recordar que la garantía de imparcialidad del juzgador, entendida como manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías del defensa en juicio y debido proceso, aparece reconocida normativamente en texto constitucional con la ratificación e incorporación de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

En particular, el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho de *«[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública [...]»*.

También en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *«[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal»*.

Asimismo, el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *«[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella [...]»*.

Finalmente, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que *«[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial [...]»*.

En punto al modo en cómo debe interpretarse el contenido sustancial de la mentada garantía procesal o instrumental, en el citado **precedente «Mopardo Dopaux»** se sostuvo que *“[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso -sistema acusatorio adversarial- es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso. La concepción del juez como imparcial, así, supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes -afirmar, alegar, impugnar, etc-, de modo tal que tiene vedada la posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate»*.

Sólo de esta manera puede cumplirse con la manda que obliga al juez, durante el juicio, a ocupar un rol pasivo –en el sentido de ajenez a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria a favor o en contra del acusado–, de modo tal que, habiendo garantizado el contradictorio entre los sujetos contendientes, pueda evaluar el trabajo que han realizado durante el debate, la forma en que presentaron

sus hipótesis sobre el caso y la prueba sobre la que éstas se apoyaron, para luego tomar una decisión razonada sobre aquellas hipótesis.

Frente a este tópico también se ha dicho que ese deber de imparcialidad e imparcialidad provoca que «[e]l juez debe permanecer con una función inactiva, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto externo, por medio de una pretensión jurídica. De esta forma, no solo reafirma materialmente su lugar de tercero en un pleito de partes (imparcial), sino que reproduce dentro del marco del proceso judicial, la impostergable obligación de hacer realidad el postulado republicano de la división y control recíproco de las funciones estatales» (in re “**Flores González**”).

Ahora bien, estas consideraciones resultan claramente receptadas por el art. 399 del CPP de la provincia de Mendoza –referido al modo de formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes–, norma que no posiciona de la misma manera a las partes y al juez al momento de ejercer esa facultad, conforme se analizó y sostuvo en los antecedentes anteriormente nombrados.

De acuerdo a la disposición citada, los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, ya sea en forma espontánea o a modo de respuestas provocadas sobre preguntas formuladas por los litigantes.

Mas no pueden hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso, puesto que, de actuar en este último sentido, rompería con su actuación la igualdad entre las partes y la garantía de imparcialidad e imparcialidad en los términos señalados precedentemente.

Aclarado lo anterior, entiendo necesario explicar por qué entiendo que el juez de sentencia se ha desenvuelto inadecuadamente.

En efecto, la compulsas de la audiencia celebrada durante el juicio demuestra que el juez mantuvo una posición totalmente alejada del rol funcional que le competía ante a un conflicto que, por definición, le era ajeno.

Frente a la participación del acusado y de cada una de las personas llamadas a declarar como testigo, el juez adoptó una posición impulsora, mediante la cual, excediendo la facultad que le confiere la norma procesal de formular preguntas aclaratorias.

Ello puesto que, lejos de indagar sobre aspectos oscuros o pocos claros en las declaraciones, adoptó un comportamiento de excesivo activismo dirigido a incorporar información inherente al hecho investigado.

Si bien lo señalado surge ostensible en todo el juicio oral, a continuación, sólo haré mención de las intervenciones del juez que, según estimo, demuestran con claridad el modo inadecuado con el que éste introdujo la información que lo llevó a condenar.

Durante la declaración espontánea del acusado, mientras describía la secuencia fáctica que tuvo lugar luego de ser abordado por el personal policial junto con la víctima de autos, el juez intervino en la declaración y le dijo «¿estaba el chico [por la víctima] solo o había más gente?».

Luego de que Bordón Gutiérrez respondiera afirmativamente a la pregunta formulada y señalara que efectivamente -como se lo sugirió el juez con la pregunta realizada- había más personas en el lugar, el juez repreguntó a fin de que el acusado diga si, además de aquellos, «¿no había ningunos padres ni ningunas otras chicas?», aportando con ello ciertos datos que no aparecían en los dichos previos del acusado. Ello dio lugar a que el declarante rectificara sus expresiones, asintiendo que había más personas en el lugar, aduciendo un estado nervioso como causa de esa discordancia.

Al continuar con su declaración, mientras relataba que la policía lo subió al móvil e inició tareas de búsqueda del arma involucrada en el evento criminoso, se produce una nueva intervención del juez por la que le pide mayores explicaciones sobre el espacio físico donde los uniformados realizaron la referida pesquisa. Para ello, le preguntó «¿dónde fueron a buscar el arma?», y siguió «desde donde usted estaba, ¿cuánto terrero recorrieron?», «¿fueron los dos policías o uno sólo?».

Inmediatamente después de las breves respuestas del acusado, se advierte nuevamente que el juez introdujo a través de la formulación de una pregunta cierta información que –hasta su participación– permanecía ausente en la declaración del acusado.

Así, en forma intempestiva, lo dijo «*por la escuela, ¿usted pasó por la escuela?*», siendo que aquel no refirió en ningún momento sobre su tránsito por algún establecimiento educativo, lo que fue contestado negativamente por el acusado.

Acto seguido, el juez le cedió la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal y a la defensa. Luego del breve interrogatorio realizado por el agente fiscal, el defensor le preguntó al acusado acerca del lugar donde –según su versión– se encontraba en el horario en que se habría producido el robo investigado. Al contestar, el acusado dijo que había estado compartiendo una cena en el domicilio de su hermana –Carina Vanesa Bordón– y de su cuñado –Carlos Galdámez–, ubicada en calle Colombia N° 1562.

Su respuesta motivó una rápida intervención del juez al afirmar que «esos – por los sujetos nombrados por el acusado– *no estaban en el lugar del robo, esos estaban veinte cuadras antes*».

Actitud en la que se vislumbra una incipiente desacreditación de uno de los aspectos centrales de la teoría del caso que desarrollara la defensa para desincriminar al acusado y luego concretara en los alegatos de clausura del debate (ver soporte audiovisual, audiencia del 04/10/19, segunda parte, a partir del minuto 00:47:40).

Es en ese momento en que, mientras el defensor se proponía efectuar una petición al tribunal, que luego se concretaría en la solicitud de citación de los ciudadanos aludidos por el imputado para que presten declaración testimonial, el juez asume directamente el interrogatorio.

Primero, se dirige al acusado y lo interpela del siguiente modo: «*escúcheme, dígame una cosa ¿cómo se llama la calle donde lo detuvieron?*». Luego cita a las partes al estrado a fin de exhibirles el croquis ilustrativo obrante en autos, oportunidad en la que aprovecha para indagar sobre el desplazamiento que realizó el acusado, a quien le expresa «*esta es la escuela, usted ha hecho así y así* –afirmando con ello una determinada trayectoria– *y acá lo han aprehendido*».

Finalmente, ante el silencio de las partes, cierra este tramo de la indagación con una intervención claramente afirmativa «*entonces, usted venía las ocho o diez cuadras desde allá*», y repreguntó en línea

con la hipótesis acusatoria «¿usted venía caminando solo por Victoria?» (ver soporte audiovisual, audiencia del 4/10/19, minutos 00:09:30/00:15:38).

Repárese que esta última intervención del juez integra el razonamiento contenido en los fundamentos del fallo cuestionado, quien señala que las respuestas del acusado a sus interrogantes lo fueron frente a «preguntas aclaratorias del Tribunal» (ver fundamentos, fs. 192). Es decir, que la información dada por el acusado a raíz de indagaciones irregulares del juez aparecen sustentado el silogismo incriminatorio.

Luego, en dicha audiencia y en el marco del testimonio de Juan Genaro Cano Bustos, personal policial que fue desplazado por el CEO y logró la aprehensión del acusado, el testigo explicó al fiscal de juicio que la víctima de autos le señaló a aquel como autor del robo investigado.

El juez intervino para preguntar «¿a qué distancia estaba la persona cuando se lo señaló?», respondiendo el testigo que se hallaba a unos cincuenta metros aproximadamente. Seguidamente, encontrándose en uso de la palabra el agente fiscal y nuevamente el magistrado interrumpió la declaración del testigo mediante una serie de preguntas relacionadas con las tareas ejecutadas por el personal policial al momento de la aprehensión.

Nótese que estas indagaciones se diferencian del marco del interrogatorio que hasta ese momento realizaba el órgano acusador público, además de vincularse con aquellas efectuadas anteriormente al propio acusado. Así, el juez le preguntó al testigo «¿a quién buscaban, en el lugar a quién buscaban?»; «¿a la víctima la encontraron en Profesor Mathus y Victoria?»; «¿a qué distancia estaba la persona –por la víctima– cuando se lo señaló?».

Seguidamente, procuró averiguar, en tono confrontativo, el modo en que se realizó el rastillaje, así como su resultado, realizando las siguientes preguntas: «¿hicieron rastillaje buscando qué?»; «y ¿no encontraron nada?»; «el rastillaje, desde dónde y hasta dónde lo hicieron?»; «¿desde donde lo aprehendieron hasta dónde?»; «¿fueron hasta la escuela a buscarla?»; «desde el móvil, desde donde lo aprehendieron, para atrás ¿cuántos metros recorrieron?».

Finalizado el interrogatorio de la defensa, el juez asumió nuevamente la marcha del mismo. Así, luego de solicitarle a las partes que concurrieran al estrado, les exhibió –al igual que lo hizo con el acusado– el croquis ilustrativo que obra en el expediente.

Luego de formularle preguntas al testigo sobre recorridos y distancias entre el lugar donde fue denunciada la ocurrencia del hecho y la aprehensión del encartado, así como los desplazamientos que realizaron los uniformados en búsqueda del arma y de los objetos sustraídas, el juez hipotetizó sobre el comportamiento de Gutiérrez Bordón, y calificó el actuar policial.

En ese sentido, luego de que el testigo señalara el área del rastillaje, así como el resultado negativo de la medida, dijo «quiere decir que éste –en referencia al acusado– puede haber dejado la mochila y el arma acá, y ustedes no lo recorrieron», y siguió «es decir, el procedimiento no ha sido todo lo minucioso que correspondía, porque correspondía haber revisado todo ¿o no?».

Para concluir este tramo de la declaración del testigo, realizó una serie ininterrumpida de preguntas acerca del comportamiento policial, del acusado y de las víctimas que se hallaban en el lugar, una vez que aquellos lograron la aprehensión del incuso.

Preguntas que no aparecen direccionadas a aclarar aspectos de la declaración producida en audiencia, sino a requerir información que no estaba siendo solicitada por ninguna de las partes, ya que incluso preguntó acerca de cuál fue la versión dada por el acusado al momento de la detención –lo que luego, a instancias de la defensa, motivó la realización de un careo entre ambos–, y las derivaciones que ello tuvo en el procedimiento, así como en el acta que describe el mismo (ver soporte audiovisual, minutos 00:17:05/00:42:35).

Posteriormente, declaró como testigo Gastón Rodrigo Masrur Pérez, personal policial que –junto con Cano Burgos– fueron desplazados por el CEO luego de ser alertados de la comisión del hecho delictivo investigado, y lograron la aprehensión del acusado.

Inmediatamente después de que el fiscal interviniente le suministrara mínimas referencias del hecho objeto del proceso, y le pidiera detalle de todo cuanto recuerde de su participación en el mismo, el juez retoma personalmente el desarrollo del interrogatorio.

En ese contexto, aún antes de que el testigo comience espontáneamente a declarar, aquél le preguntó: «¿quién los desplazó?, ¿fueron al lugar?». Al contestar, el testigo dijo que, al llegar al lugar, las víctimas iban detrás del acusado, lo que motivó que el juez indagara sobre los siguientes puntos: «¿estaban las víctimas? ¿las víctimas en qué estaban?, ¿cuántas eran? ¿era uno, cinco, diez? ¿ellos le señalaron a éste – e indica con su dedo al acusado– señor?; ¿a qué distancia estaban ellos del señor?».

Acto seguido, mientras se encontraba en uso de la palabra el defensor del acusado –a instancias de éste–, le exhibió al testigo el croquis ilustrativo. En ese momento, el juez le realizó un conjunto de preguntas vinculadas a las tareas de rastillaje realizadas en la zona, indicándole –antes de cualquier pronunciamiento al respecto– diversos puntos de la referida actuación policial, entre ellas, las siguientes: «¿usted adónde rastilló? ¿no encontraron nada?».

Al retomar la palabra el defensor, volvió a interrumpir el juez y señaló «pero la víctima era uno sólo, los otros eran compañeros. Cuando le preguntan por la víctima era la persona a la que le robaron». Luego llamó al testigo al estrado, y le volvió a exhibir el croquis. Allí le expresó «para ver si yo lo entiendo bien, ustedes reciben el aviso [...] ¿ustedes fueron a la escuela? ¿al CEO le iban informando? ¿ustedes venían de acá –señala un punto del croquis–? ¿adónde encontraron las víctimas? ¿quién se bajó a hablar con las víctimas? ¿qué le dijeron las víctimas cuando ustedes hablan por primera vez? ¿a qué persona tenían que buscar? ¿quién era el autor? ¿cómo era el autor? ¿qué le dijeron las víctimas?». Y sigue su alocución interpretativa y valorativa «quiere decir que, como dato cierto de lo que usted tenía que buscar, es que las víctimas le indican va caminando adelante por Profesor Mathus [...]. Por eso, por Victoria pero ya había doblado. De acuerdo a lo que manifestó usted, usted no lo vio. Cuando está en Victoria hablando con las víctimas, usted dijo que no lo vio, asique había doblado [...]». Y pregunta, «Señor, ¿esta calle tiene luz?, esas nueve cuadras ¿tienen luz?».

Luego le inquirió directamente al testigo «dígame, fuera de ese señor que detuvieron, ¿cuántas personas andaban caminando con campera, con capucha, escondidos? Cuando ustedes lo aprehenden, el señor ¿qué les dijo?, ¿que era el autor del robo?[...]¿le preguntaron dónde estaba el arma y la mochila? ¿y qué les dijo?» (minutos 00:43:54/01:09:50).

Avanzada la audiencia compareció el testigo Carlos Triviño. Al finalizar el tramo de interrogaciones de las partes, el juez hizo una alocución mediante la cual efectuó un repaso de sus declaraciones, intercalando

preguntas vinculadas con su participación en el hecho. Basta con señalar que luego de dar ciertas precisiones referidas al nombre de las calles en que tuvieron lugar los acontecimientos, el magistrado le preguntó «[a] los chicos «¿le robaron allí en la misma escuela?». El testigo respondió que fue a dos cuadras al norte de la escuela. El juez, insistente, repreguntó «¿dos cuadras por Avellaneda?», «¿sabe usted cómo se llama la calle donde le robaron?», lo que fue respondido negativamente por el testigo. Ello motivó una nueva pregunta directamente «¿la calle Araujo la ubica?», a lo que el testigo respondió «ah sí, la calle Araujo y la última calle del Barrio Jardín Avellaneda, ahí me dijeron que era –por el lugar del robo–». Lo que sorprende de este último pasaje es que el juez, a través de una pregunta que no reviste ninguna cualidad de aclaratoria, introdujo una información que no fue ventilada por el testigo, ni en forma espontánea, ni a preguntas que le competía realizar al representante del Ministerio Público Fiscal, inherente al lugar del hecho.

En el mismo sentido se destacan preguntas al testigo mediante las cuales el juez lo indagó sobre datos vinculados a la identificación del presunto autor del hecho: «usted fue al lugar ese donde le robaron? ¿quién le había robado? [...], cuando en la escuela le cuentan, ¿quién le había robado?, ¿eran dos señores, tres mujeres, ¿qué le dijeron que era?». Luego que el testigo respondiera que le había dicho que se trataba de un sujeto, inmediatamente después el juez indaga: «¿qué otro dato le dieron? ¿qué descripción le dieron del sujeto? ¿una campera tapada la cabeza? Además, ¿que más le dijeron?, ¿que sacó algún arma o algo? y ¿qué le robaron al chico ese?» (minutos 01:13:40/01:27:11).

Más adelante, declaró Anahí Triviño, testigo presencial del hecho objeto del proceso. Durante su declaración, se observa la misma tónica en el abordaje indagatorio por parte del juez de la causa, mediante la formulación de preguntas que denotan interrogación, averiguación o indagación y, por tanto, no han tenido el tinte aclaratorio permitido por la ley (ver aducencia, a partir del minuto 01:28:02).

Así, con interpelaciones interrumpitivas al relato espontáneo de los hechos, prestado en oportunidad de encontrarse en uso de la palabra el fiscal de la causa, el juez buscó obtener información relativa a la dinámica que asumieron los acontecimientos.

Para ello, le preguntó a la testigo si el autor del ilícito «¿se aparece una persona o estaba allí parado?», inquiréndola también acerca de cuál había sido el comportamiento del grupo de individuos dentro del cual se encontraba la víctima de autos: «¿ustedes salieron detrás de él?; ¿usted lo vio caminar?; ¿era la misma persona?».

Esa búsqueda de datos por parte del sentenciante no se detuvo sino que, por el contrario, se profundizó en otro tramo de la declaración de la testigo (minutos 01:49:13/01:50:59). Precisamente cuando, luego de ciertas interacciones entre las partes referidas a las circunstancias espaciales en que se cometió el hecho, el juez intervino con preguntas dirigidas a obtener un reconocimiento del incuso por parte de la testigo durante el juicio: «señorita ¿a usted la llamaron en alguna oportunidad a reconocer a una persona en rueda de personas? ¿sabe lo que es?», siendo esto respondido negativamente por la testigo. Ante ello, el juez repreguntó «¿usted cree que estaría en condiciones de reconocer a la persona si lo ve?».

Luego que la testigo indicara positivamente que podría reconocer al autor del hecho si la mandaran a realizar esa medida, el juez indagó acerca de si «después de este hecho, ¿lo vio al ladrón en alguna otra oportunidad?», requiriéndole mayor precisión en su respuesta al preguntarle «¿a dónde?».

En ese contexto de la declaración, se advierte la mayor incidencia del juez de la causa, porque cuando la testigo afirmó que efectivamente había vuelto a ver al autor del delito en el barrio, la interpelló mediante el siguiente cuestionario: «¿vive por ahí cerca?»; «¿dónde vive?»; «¿usted conoce la calle Colombia?», y siguió «no conoce la calle Colombia, pero lo ha visto ¿acá en el tribunal lo ha visto?»; «¿hoy día?»; «¿a dónde?».

La declarante respondió afirmativamente estas últimas preguntas, surgiendo de la visualización del soporte digital de la audiencia de juicio que, a través de un movimiento de cabeza, señala el mismo lugar donde se encuentra sentado el imputado, lo que motiva que una nueva –y directa– indagación del juez «¿es el señor que está ahí?», señalando con la mano y el dedo a Bordón Gutiérrez.

Sin necesidad de profundizar el análisis jurídico acerca de los alcances de este tipo de reconocimiento impropio, pues ello excede la materia de análisis que precisa el caso bajo examen, lo cierto es que cuando se tiene lugar en el marco del debate, debe –necesariamente– ser espontáneo y no provocado, pues se trata de una simple forma de manifestación de conocimiento propio de su carácter de testimonial, que será ser merituada conforme al sistema de la libre convicción, de acuerdo a la sana crítica racional. Considero que ello no ha tenido lugar en el sub iudice, ya que el señalamiento de la testigo lo fue a instancias de la actitud del juez de la causa.

Llegados a este punto, entiendo que todo lo analizado del debate celebrado en el marco de esta causa me convence de que el juez no fue un tercero imparcial en un conflicto de partes que discuten sobre la existencia fáctica de una hipótesis jurídico penal. Ello pues, en cada ocasión en la que tomó parte un testigo del hecho llamado por las partes a incorporar información, intervino proactivamente para sustanciar la prueba y para generar información acerca del hecho que no fue referida por las personas llamadas a declarar. Todo lo referido revela que el juez fue un participante del conflicto que inclinó la balanza hacia un sentido, alejándose así del rol de espectador que demandan los postulados de un Estado de Derecho.

En definitiva, por las consideraciones expuestas, y en opinión concordante con el señor Procurador General, entiendo que el debate celebrado ante el Primer Tribunal Penal Colegiado se encuentra viciado de una nulidad insalvable que, consecuentemente, repercute en la decisión tomada por el juez de la instancia anterior y en los fundamentos sobre la que se ha apoyado.

Por lo que doy respuesta positiva a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia N° 914 de fs. 185 y vta. y sus fundamentos de fs. 187/205, y remitir las actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Víctor Hugo Bordón Gutiérrez.
- 2.- Anular el debate efectuado, la sentencia N° 914 de fs. 185 y vta., y sus fundamentos de fs. 187/205 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 3.- Remitir las actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

15. APAULAZA. 25-06-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcApaulaza.pdf

Lex: Art. 162, 23 del CP.

Vox: Hurto simple. Decomiso.

Summa:

El **JPC** condenó a la nombrada E.E.A. a la pena de **un mes de prisión** de cumplimiento efectivo como autora penalmente responsable del delito de hurto simple (art. 162 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación, en función del art. 474 inc. 1 del CPP, por considerar que se ha aplicado erróneamente el art. 23 del CP, en tanto la sentencia cuestionada ordenó el decomiso de la campera de la acusada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a favor de E.E.A. en relación al punto 4° de la sentencia N° 237 -decomiso de la campera de la imputada-, disponiéndose la restitución del secuestro registrado a E.E.A..

Resolución cuestionada: Sentencia N° 237, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-05439009-7/1((028502-66586)) F. C/ APAULAZA P/ HURTO SIMPLE ART. 162 (66586/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105617362*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05439009-7/1 caratulada “F. C/ APAULAZA, EDITH ESTELA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de Edith Estela Apaulaza interpone recurso de casación (fs.5/7) contra la sentencia N° 247 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear que condenó a la nombrada a la pena de un mes de prisión de cumplimiento efectivo como autora penalmente responsable del delito de hurto simple (art. 162 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa ha tenido por acreditado que «el 08 de Septiembre de 2020, siendo las 07:50 horas aproximadamente, Edith Estela Apaulaza, salió de su domicilio e ingreso en el patio de la Delegación Municipal de Alvear Oeste, ubicada en Calle Urquiza de dicho distrito y se apodero ilegítimamente de una “BICICLETA MARCA SCOTT, RODADO 26, DE COLOR BLANZA, NEGA Y DORADA, TIPO MOUNTAN BIKE”».

Cabe tener presente que el juez de la instancia previa aceptó que la solicitud vinculada a que la causa se tramitara mediante juicio abreviado inicial, así como el acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa de la acusada.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 1 del CPP, por considerar que se ha aplicado erróneamente el art. 23 del CP, en tanto la sentencia cuestionada ordenó el **decomiso de la campera de la acusada**.

En este sentido, la defensa explica que durante la audiencia de juicio abreviado, el fiscal solicitó el decomiso de una campera que había sido objeto de un secuestro y que se utilizó como medio probatorio para determinar la autoría de la misma en el hecho atribuido.

Agrega que durante la audiencia citada, la acusada reconoció su responsabilidad en el hecho pero expresamente la defensa se opuso al decomiso de la campera que llevaba la acusada y que era de su propiedad.

Entiende la defensa que el juzgador debió ordenar la devolución del secuestro –esto es la campera– a su titular, es decir a la acusada, ya que la campera no ha sido una cosa que haya servido para cometer el hecho, sino que era la ropa que la acusada llevaba ese día.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 18, contesta la vista de ley el Procurador y aconseja el rechazo del remedio intentado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa oficial de la acusada debe prosperar parcialmente en relación al decomiso ordenado en la sentencia cuestionada. Paso a explicarlo.

Como se anticipó, de las constancias del legajo que tengo a la vista surge que la sentencia N° 237 resistida por la defensa oficial ha sido dictada en el marco de un juicio abreviado inicial de conformidad a las reglas del art. 359 y concordantes del CPP.

En lo pertinente, el resolutivo N° 4 de la sentencia ordena el decomiso del secuestro de fs. 44, esto es la campera de la acusada que se utilizó como medio probatorio para determinar su autoría en el hecho atribuido.

En efecto, en la etapa de investigación se aportaron imágenes de cámaras de seguridad donde se vio a Edith Apaulaza a bordo de la bicicleta sustraída que llevaba puesta su campera, posteriormente secuestrada.

En este contexto es que, entiendo que asiste razón a la defensora cuando afirma que la sentencia exhibe un vicio sustantivo que la invalida parcialmente sólo en relación al decomiso dispuesto por el juzgador.

Es que, como claramente resulta del texto del **art. 23 del CP**, la situación de los presentes obrados no encuadra en ninguna de los supuestos que aquella norma autoriza el decomiso.

Esto por cuanto esta disposición establece expresamente, en lo que aquí resulta pertinente, que «[e]n todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros» (art. 23, primer párrafo del CP).

Como se advierte, uno de los supuestos previstos de bienes decomisables se vincula con los elementos o bienes –que no pertenecen a un tercero ajeno al hecho– y fueron utilizados para la comisión del hecho. Por su parte, el supuesto restante se refiere a la incautación de los beneficios económicos ocasionados por el accionar delictivo.

La afirmación precedente referida a que el objeto decomisado –la campera de propiedad de la acusada– no encuadra en las previsiones concretas de art. 23 del CP tiene sustento en que aquel objeto no ha servido para cometer el hecho ni tampoco se trata de cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, por lo que el vicio denunciado por la defensa oficial de Edith Estela Apaulaza resulta procedente.

De tal manera, al advertirse que la motivación de la sentencia cuestionada es arbitraria en relación con la cuestión vinculada al decomiso ordenado, no es posible su mantenimiento como acto jurisdiccional válido sólo en ese aspecto (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por las razones expuestas, y oído el Sr. Procurador General, doy respuesta parcialmente afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palemo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde acoger parcialmente el recurso de casación, en relación al punto 4° de la sentencia N° 237, disponiéndose la restitución del secuestro registrado bajo el N° 209, obrante a fs. 44, a Edith Apaulaza. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a favor de Edith Estela Apaulaza, en relación al punto 4° de la sentencia N° 237, disponiéndose la restitución del secuestro registrado bajo el N° 209, obrante a fs. 44, a Edith Estela Apaulaza.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

16. CURIA BRUERA. 01-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	-	-	UC	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=545>

Lex: Art. 164 y 42; 40; 41; 58 del CP.

Vox: Robo simple. Tentativa. Unificación. Método compositivo. Método aritmético. Fundamentación.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un año y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP), revocó la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia N° 5.842 dictada por el Primer Juzgado de Flagrancia de fecha 15 de febrero de 2018 y unificó en la pena única de cuatro años de prisión en efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6429, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Geredus.
- Basualdo.
- Vega Ríos. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181226_FcVRR.pdf

b-CSJN

- Fallos: 308:2547
- Gago. 06-05-08:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6433571&cache=1691834851112>
- Fallos 330:393; 330:490; 329:5115; 329:3006; 328:545 y 324:4170

c-Cámara Federal de Casación Penal. Sala II.

- Cominassi Molina, Sebastián Luis. 27-05-14. Votos de los Dres. Ledesma y Slokar

Doctrina citada.

DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General., 2ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 1020

D'ALESSIO, Andrés José -director-, Código Penal comentado y anotado, Parte general, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 166 y ss.

Precedentes relacionados

- Distefano. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181226_FcVRR.pdf
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>
- Díaz Davalos. 25-10-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI2NTM=&tabla=c2M=>

- Roldán Cajal. 05-05-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIwNjI=&tabla=c2M=>
- Barros Soto. 01-11-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzNzA=&tabla=c2M=>
- Vera Fuenzalida. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181227_FcVFJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Disidencia).

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-05416398-8/1((018502-774124)) F. C/ CURIA BRUERA TRONCOSO P/ ROBO AGRAVADO (774124/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105592809*

En Mendoza, el día primero del mes de julio de dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05416398-8/1 caratulada “F. C/CURIA BRUERA, GUSTAVO ANTONIO; TRONCOSO, MATÍAS ALEJANDRO P/ROBO AGRAVADO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 01 obra constancia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del condenado contra la Sentencia N° 6.429 de fecha 25 de agosto de 2020 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 por el que se condena a Matías Alejandro Troncoso como autor penalmente responsable del delito robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP) a la pena de un año y seis meses de prisión, revocó la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia N° 5.842 dictada por el Primer Juzgado de Flagrancia de fecha 15 de febrero de 2018 y unificó en la pena única de cuatro años de prisión en efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente, condenó a Matías Alejandro Troncoso a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa previsto y sancionado por el art. 164 y art. 42 del Código Penal. Asimismo, revocó la pena que había impuesto el Primer Juzgado de Flagrancia, para fecha 15/2/2018 mediante sentencia N° 5.842 y unificó las dos sanciones en la pena única de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo.

A los efectos de imponer la pena por los hechos de los presentes obrados, la sentenciante valoró, de conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal, previo a establecer la escala penal entre un mínimo de diez días y un máximo de tres años, siguiendo el precedente “**Geredus**” de este Tribunal. Como circunstancias agravantes indicó: la extensión del daño y el peligro causado ocasionando roturas para ingresar no sólo al departamento objeto de la sustracción, sino al complejo en que éste se encuentra; el medio utilizado, un destornillador de grandes proporciones; la participación del acusado en los hechos, la que juzgó como de un rol preponderante quedando a su cargo la mayor parte de la acción; las circunstancias de tiempo y lugar, en razón que el hecho se produjo en horas de la siesta –y ello facilitó la

desprotección de los bienes— de un día domingo y en una zona con escasa circulación de personas; y, la circunstancia vinculada a que no había nadie en la vivienda, aún cuando no se pudo acreditar si se trataba propiamente de una vivienda.

Como circunstancia atenuante atendió a la juventud del acusado, en tanto también adujo que contaba con suficiente madurez, que comprendía el daño causado y que contaba con algún estudio pues había comenzado el secundario. En mérito a ello y habiendo tomado constancia de visu con el acusado y, con ello, de sus circunstancias personales, estimó ajustada a los hechos la pena en un año y seis meses de prisión.

Asimismo, y en tanto los hechos fueron cometidos dentro del plazo de cuatro años previsto por el art. 27 del CP consideró que se debía revocarse la pena impuesta anteriormente de tres años en suspenso por el delito de robo agravado y unificar, de conformidad con el art. 58 del CP, utilizando el método compositivo, en la pena única de cuatro años de prisión.

2.- El recurso de casación

La defensa del condenado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inciso 1ª del CPP. Ello, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando por aplicación errónea de los arts. 41 y 58 del CP. Refiere que conforme al art. 41 del CP el juzgador debe considerar, para aplicar una pena, la naturaleza de la acción, el medio utilizado, la extensión del daño causado, las motivaciones del autor, afirmando que una pena apartada del mínimo debe ser excepcional.

Agrega, por su parte, que conforme al art. 58 del CP, en relación con el art. 27 de la legislación de fondo, debe hacerse un análisis racional de la implicancia del poder punitivo.

A tal efecto, puntualiza los principios que deben considerarse —legalidad, taxatividad, interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, humanidad o proscripción de la crueldad y prohibición de doble punición— y señala que ellos, junto al hecho y la culpabilidad del autor, deben ser considerados para acreditar los motivos para apartarse del mínimo legal.

Entiende que la pena unificada impuesta violenta el principio de proporcionalidad mínima, en cuanto garantiza seguridad jurídica y aplicación igualitaria de la legalidad, teniendo presente que el derecho penal es de última ratio. Añade, que no se ha tenido en cuenta el lapso cumplido de la primera condena para luego afirmar que la jueza solo enumeró los supuestos del art. 41 del CP sin expresar, fundadamente, su apartamiento del mínimo legal.

De tal manera, considera que los fundamentos aportados resultan carentes de racionalidad y por ello, arbitrarios. Cita jurisprudencia.

En cuanto a la errónea aplicación del art. 58 del CP entiende que se equivoca la jueza de la instancia previa en cuanto a la unificación, si bien conceptualiza correctamente el caso como un supuesto de unificación de penas.

Estima que cuando debe efectuarse una unificación con una condena de ejecución condicional lo que existe es una composición o una adición con la dictada en el segundo hecho. Refiere que es un criterio discutible y que no puede considerarse el tiempo legalmente cumplido. Con cita de doctrina, afirma que la jueza no compuso la pena sino que se limitó a la acumulación de ambas sin tener en cuenta lo que

llevaba cumplido. Sostiene que el acusado ostentaba una pena de ejecución condicional impuesta el 15 de febrero de 2019, de la que había cumplido un año, ocho meses y nueve días y, además, llevaba privado de la libertad en la presente causa nueve meses y trece días.

A esta privación de libertad la juzga injusta y violatoria del principio de inocencia por haberse debido esperar a que esta segunda condena estuviera firme. Reitera que la jueza se apartó del mínimo legal infundadamente, que no se efectuó correctamente la composición conforme el art. 58 del CP porque podría haberse unificado la condena en una pena de ejecución condicional cumplida en libertad. Para fundar su afirmación, invoca jurisprudencia acerca de la inconstitucionalidad –que no articula– de la limitación prevista por el art. 27 del CP.

Considera que la tarea de administrar justicia debe traducirse en la búsqueda de una solución valiosa para el caso concreto, teniendo en cuenta el espíritu de las normas, y evitando un formalismo paralizante con situaciones disvaliosas y arbitrarias incompatibles con el fin de aquéllas.

De tal manera, estima que al tratarse el presente caso de un robo simple en grado de tentativa, la pena impuesta es violatoria de principios constitucionales y de derechos humanos. Finalmente, formula reserva de caso federal, por existir cuestión federal suficiente en orden al art. 14 de la ley 48 para acudir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En suma, por todo lo expuesto solicita se haga lugar al recurso impetrado, se disponga la modificación de la pena impuesta y el dictado de un fallo ajustado a derecho ordenándose la inmediata libertad de Matías Alejandro Troncoso.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 11/13 de este legajo, tras reproducir los agravios formulados en cuanto a la errónea aplicación de los arts. 41 y 58 del CP y las consideraciones de derecho que aquél formula, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente.

Respecto a la determinación arbitraria de la pena entiende que debe ser rechazada en base a jurisprudencia pacífica de esta Suprema Corte de Justicia que refiere que el juez de grado puede, dentro de la escala penal prevista para el delito, mensurar la misma conforme las pautas indicativas de los arts. 40 y 41 del CP, mientras que su fundamentación no sea arbitraria.

Añade que la justificación de la graduación de la pena, en cuanto a las circunstancias agravantes, no sólo tiene que ver con su cantidad sino con su gravedad y detalla luego las consideraciones vertidas por la jueza de la instancia previa al efecto de estimar tanto aquéllas como las atenuantes.

Destaca que la jueza mensuró la pena como un hecho de gravedad media y la concretó apenas por encima del término medio de la escala.

Cita jurisprudencia de este Tribunal, particularmente «Basualdo», para afirmar que los fundamentos expresados en la sentencia no son arbitrarios. Con relación a la unificación de penas sostiene que la queja se dirige a dos elementos.

El primero, la falta de reconocimiento del tiempo cumplido de la condena anterior, al afirmar que la composición debe hacerse sobre la totalidad de la pena y luego descontarse el tiempo cumplido. En este

sentido, refiere que la cita de doctrina es incorrecta porque el acusado no cumplió pena por ser ésta de ejecución condicional. Transcribe el texto del art. 27 del CP, y sostiene que es clarísimo.

Con cita textual más amplia del mismo autor citado por la defensa para sostener su posición, especifica que en casos como el presente una condena condicional debe cumplirse junto a la que corresponde por el nuevo delito.

Entiende que ello es lo que la jueza ha realizado con aplicación, incluso, del método composicional reclamado por la defensa, cuando bien pudo hacer uso del método aritmético.

Destaca que un tema diferente es el tiempo de detención en prisión preventiva que ostenta el acusado en la presente causa, también objeto de queja por la defensa.

Aclara entonces que aquel tiempo no forma parte de la unificación de penas sino que es materia del cómputo de pena, que se realiza con posterioridad a la condena. En suma, entiende que ha sido correcta la determinación de la pena conforme los baremos establecidos por los arts. 40 y 41 del CP.

Del mismo modo, la aplicación del art. 27 del CP en relación al art. 58 del CP –con la utilización del método composicional–, en cuanto al plazo de cuatro años impuesto como sanción para la revocación de la condicionalidad y el cumplimiento efectivo de la pena unificada con la aplicada para el segundo delito. Ello, más allá que el tiempo de prisión preventiva deba ser considerado al momento del cómputo de pena. Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación. El caso que nos ocupa nos plantea, en sus agravios, tres temas a dilucidar. Dos de ellos principales y el tercero, un tanto más colateral. Los primeros se traducen en:

- (a) la mensuración de la pena correspondiente al caso de conformidad con los arts. 40 y 41 del CP y
- (b) la unificación de penas impuestas por condenas de ejecución en suspenso ante la comisión de un segundo delito, ello de conformidad a los arts. 27 y 58 del CP. Colateralmente,
- (c) si el método utilizado –composicional– es el aplicable.

Particularmente, en relación con la unificación de penas impuestas, considero importante hacer algunas precisiones en orden a lo que ya he sostenido en cuanto a los parámetros a considerar respecto de la interpretación que cabe a darle al art. 58 del CP y los distintos supuestos que de ésta surgen en materia de unificación de penas y de condenas así como de los métodos de cuantificación a aplicar en cada caso.

a) Acerca de la mensuración de la pena impuesta al acusado: parámetros de los arts. 40 y 41 del CP

El agravio central de la defensa referido a la causa que se ventiló en el debate oral se tradujo centralmente en la falta de fundamentación y tan sólo mención, de los supuestos del art. 41 del CP sin expresar las razones que motivaron a la sentenciante a su apartamiento del mínimo legal.

No puedo de modo alguno compartir dicha afirmación, pues de acuerdo con lo señalado también por el Procurador General en su dictamen, basta la escucha atenta de las constancias audiovisuales (ver registros audiovisuales del 25 de agosto de 2020, minutos 00:33:25 en adelante) para advertir que la jueza de la

instancia previa, en sus fundamentos orales, hizo un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los baremos del art. 41 del Código de fondo.

Ello, sin dejar de mencionar que, de manera previa, situación que por su consecuencia beneficia claramente al acusado, modificó la calificación legal originaria de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa –arts. 166, inc. 2 y 42 del CP– a la de robo simple en grado de tentativa –arts. 164 y 42 del CP– (ver registros audiovisuales del mismo día, minutos 00:28:40 en adelante; 00:31:54 y ss). Establecido el marco punitivo entre un mínimo de diez días y un máximo de tres años de prisión para el delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del CP), adoptando la sentenciante la doctrina que emana del fallo «Geredus» de este Tribunal, pasó a dar cumplimiento a las previsiones del art. 40 del CP, esto es tener en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, para luego valorarlas de acuerdo con las pautas del art. 41.

La jueza sentenciante específicamente se refirió a las circunstancias agravantes, teniendo en cuenta en primer lugar la naturaleza de la acción, el medio utilizado para ejecutarlo así como el daño y el peligro causados, tal como ordena el inciso 1 del art. 41 del CP.

Respecto de la naturaleza de la acción, hizo mención específica a los daños materiales ocasionados, tanto al portón de ingreso del complejo de departamentos como a la cerradura, marco y manija de la puerta del departamento N° 3.

También, a las roturas interiores, con indicación a la prueba considerada para ello, tanto testimonial, como el acta de procedimiento labrada e informe de Policía Científica (ver registro audiovisual del 25 de agosto de 2020, minuto 00:34:50).

En relación con el medio utilizado para ejecutarlo, destacó que éste no fue controvertido por las partes y que estaba constituido por un destornillador de grandes dimensiones con la punta doblada (ver registro audiovisual del 25 de agosto de 2020, minuto 00:35:25).

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, valoró la desprotección del bien jurídico que surgía de la testimonial de Paludet al referirse a que el hecho se produjo un día domingo a la siesta, donde no había nadie, ningún ruido y pocas personas en el lugar y dentro un ámbito de intimidad aunque no se probara si estaba destinado a vivienda.

Por otra parte, hizo especial hincapié al rol preponderante que le cupo al autor al tomar a su cargo la mayor parte de la acción, no obstante la existencia de una coautoría funcional con el otro sujeto que no fuera parte del debate por cuanto fuera condenado con anterioridad en la modalidad de juicio abreviado.

Destacó que ello surgía del testimonio de Paludet que señaló que fue Troncoso quien específicamente martilló el portón y lo barreteó, que luego se dirigió al departamento y rompió la puerta, es decir que fue éste quien dirigió el suceso, mientras el otro sujeto lo seguía en su accionar (véase registro audiovisual del 25/08/2020, minutos 00:37:00 en adelante).

Como circunstancias atenuantes ponderó que el acusado se trataba de una persona joven. Asimismo, añadió que contaba con algún tipo de estudios porque había comenzado el secundario y tenía la madurez suficiente para comprender el hecho (véase registro audiovisual del 25/08/2020, minutos 00:38:22 en adelante).

Conforme lo expuesto se advierte que la cuantificación de la pena que realiza la jueza de la instancia previa no resulta de modo alguno arbitraria, infundada, ni desproporcionada como pretende la defensa, pues no sólo se halla dentro de la escala del delito que se le enrostra a Troncoso, sino que se han ponderado debidamente las diversas pautas previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

Por otra parte, no puedo dejar de señalar que el impugnante no ha rebatido ninguna de las circunstancias agravantes meritadas por la jueza, deslizando meramente una crítica genérica que se traduce en una mera divergencia de valoración pues aquella ha explicado las razones por las que arribó a la pena impuesta cumpliendo con ello con ese deber especial de fundamentación.

b) Sobre los cuestionamientos de la defensa en relación con la unificación de la sanción penal.

Diversos supuestos En el precedente **“Vega Ríos”** señalé que nuestra legislación sustantiva prevé reglas para alcanzar una pena total que unifique la respuesta punitiva.

Así, ante pluralidad de delitos independientes cometidos por la misma persona juzgados simultáneamente por un único tribunal – concurso real de delitos– debe aplicarse la regla de los arts. 55 y 56 del CP y es ése tribunal quien debe estimar la pena correspondiente. En tanto que ante múltiples delitos atribuidos a la misma persona, pero juzgada en juicios diferentes con sentencias condenatorias diversas, el art. 58 del CP consagra la regla de la pena única y de un único juez sobre ella, sean los delitos anteriores o posteriores.

1) El primer párrafo, primera parte, del art. 58 del CP prevé que «[!]as reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto [...]». Conforme a ello, surgen dos casos:

1.a) El primero: comisión de delitos anteriores a la primera condena con sentencia firme y juzgamiento por separado. En este supuesto, los delitos debieron ser juzgados en un único juicio e imponer una pena única, por lo que existe violación a las reglas del concurso de los arts. 55 a 57 del CP.

1.b) El segundo: cuando una persona se halla cumpliendo pena por sentencia firme y comete un hecho posterior. En este supuesto corresponde unificación de penas, no desapareciendo la condena anterior que subsiste con todos sus efectos jurídicos.

Surge así que el momento de comisión del delito, anterior o posterior a la sentencia preexistente, diferencia ambas hipótesis: si es anterior, corresponde hablar de unificación de condenas pues los delitos concurren materialmente; si es posterior, de unificación de penas pues medió sentencia firme respecto del primer delito.

2) Por su parte, la segunda parte, primer párrafo, del art. 58 del CP establece que «[...] o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas». Refiere al dictado de varias sentencias firmes por delitos independientes cometidos por la misma persona, juzgados en diferentes juicios con diferentes sentencias sin una oportuna unificación, que determina la necesidad de que todas estas sentencias sean unificadas.

c) Algunas consideraciones sobre los métodos de cuantificación de la pena única. Sistema composicional y de suma aritmética.

Regla y excepción:

Cuando un tribunal de juicio debe cuantificar la sanción penal única existen dos métodos, el sistema compositivo y el de suma aritmética, siendo, en principio, facultad del órgano jurisdiccional la elección de uno u otro sistema (ver al respecto, “Vega Ríos”).

En este sentido, la Corte Federal tiene dicho que «[...] la fijación de la pena única dentro del límite establecido por la suma de ambas condenas es facultad discrecional de los jueces de la causa» **(Fallos: 308:2547)**.

Con lo cual, «[...] no es imperativo para el juez o tribunal la aplicación de un método de unificación determinado. Nada se opone a que el cómputo de la pena se practique por operación aritmética cuando los jueces lo consideren equitativo o cuando lo aconseje la personalidad del condenado y las modalidades de los hechos» **(conf. DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General., 2ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 1020)**.

Entiendo, como ya afirmé en la causa citada, que resulta acertado establecer una relación de regla-excepción entre los sistemas para verificar si la unificación procede porque se trata de un supuesto de violación de las reglas del concurso en primer lugar y en segundo, para determinar si las penalidades a unificar resultan superiores, iguales o inferiores al mínimo legal de la escala en abstracto para los delitos de que se trate.

3.a) En los supuestos en los que exista violación a las reglas del concurso real o material de delitos, la regla para determinar la pena única es el sistema compositivo.

3.b) En los supuestos de unificación sin violación a las reglas del concurso real o material de delitos (arts. 55 a 57 del CP) entiendo que:

3.b.1) Cuando las penas a unificar cuantitativamente resultan superiores a los mínimos legales previstos en abstracto, la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de suma aritmética, pudiendo aplicarse, de modo excepcional, el sistema compositivo.

3.b.2) Cuando las penas a unificar sean iguales al mínimo legal, la regla se invierte: el sistema a utilizar como regla es el compositivo siendo la excepción el sistema de suma aritmética. En cualquier caso, de acuerdo al juego de la regla-excepción, la opción por uno u otro método debe ser fundada, teniendo especial incidencia, además de los montos de la pena, la modalidad del hecho. En consonancia con dicho criterio, se pronunció la CSJN en la causa “Gago” **(Fallos: 331:1099)**.

En esa ocasión, con remisión al dictamen del señor Procurador General de la Nación, se sostuvo que los jueces de la causa habían fundado suficientemente la selección del método aritmético, dadas las concretas circunstancias agravantes computables en el caso.

Dicho esto, el caso que nos ocupa encuadra en el segundo supuesto del párrafo primero del art. 58 del Código Penal. Es decir, Troncoso que ya estaba condenado por sentencia firme, cometió un nuevo delito. De tal modo, al no existir violación a las reglas del concurso de delitos el método a utilizar, como regla, era el método aritmético, resultando excepcional, la utilización del método compositivo.

Si bien la jueza no fundó expresamente la razón de la elección del método compositivo, lo cierto es que su aplicación resultó ser más beneficiosa para el acusado y en definitiva fue el petitionado por la defensa. Por otra parte, y tal como aconteciera, correspondía al último tribunal que dictara sentencia la unificación ahora cuestionada.

Ahora bien, particularmente respecto a los agravios planteados en segundo lugar por la defensa – incorrecta aplicación de los arts. 27 y 58 del Código Penal–, deben realizarse las siguientes consideraciones.

Troncoso ostenta una condena anterior de tres años de prisión en suspenso impuesta por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia mediante sentencia Nº 5.842 del 15 de febrero de 2018 por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

Efectivamente, y tal como lo constató la jueza de la instancia previa, desde la fecha de aquella condena firme, hasta la comisión del hecho juzgado en la presente causa, no había transcurrido el plazo de cuatro años que prevé el art. 27 del CP y que le hubieran permitido a Troncoso, en caso de no cometer un nuevo delito, tener aquella condena como no pronunciada.

En efecto, esta última norma dispone, «[l]a condenación se tendrá por no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de sentencia firme el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas».

La defensa reseña en abono de su postura a **D'Alessio** pero, como bien señala el Procurador, la cita fue parcial o incompleta, pues con claridad meridiana el mismo autor entiende que «[...] según el régimen de este artículo, la abstención delictiva por un plazo de cuatro años es la única condición que el condenado debe cumplir para la subsistencia de la condenación condicional, sin perjuicio de la existencia de otros requisitos cuyo incumplimiento también puede dar lugar a que ésta sea revocada» (**D'ALESSIO, Andrés José -director-, Código Penal comentado y anotado, Parte general, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 166 y ss.**).

Encontrándose el nuevo delito cometido dentro de dicho período y ostentando también pena privativa de la libertad como es de exigencia, no cabe sino dar cumplimiento a la letra del artículo, pues necesariamente el incumplimiento de la condición habilita su revocación y el cumplimiento efectivo de ambas condenas, las que deben ser unificadas, con remisión al régimen del art. 58 del CP.

Por último, desliza la defensa tres afirmaciones que no pueden legalmente, de modo alguno, ser de arribo. La primera, que una adecuada mensuración de la pena única por parte de la sentenciante podría haber posibilitado una condena unificada en suspenso.

La segunda, que no se ha considerado el tiempo de cumplimiento de esta condena de ejecución condicional –un año, ocho meses y nueve días–, así como el tiempo que lleva detenido en prisión preventiva –nueve meses y trece días–. La tercera, que se lo ha privado de la libertad cuando todavía lo asistía el principio de inocencia ante la falta de sentencia firme en la presente causa.

Brevemente y en absoluta coincidencia con el Procurador General en su dictamen, Troncoso no ha cumplido a la fecha pena de prisión efectiva pues, como primera condena, se le otorgó una condena de cumplimiento condicional (véase sentencia Nº 5.842), que precisamente implica suspender la ejecución de manera condicionada, principalmente, a la no comisión de delitos, permaneciendo por ello la persona condenada en libertad.

Por otra parte, la única posibilidad de ostentar una pena unificada en suspenso la habría otorgado la existencia de violación a las reglas de concurso de delitos, situación que no acontece en autos.

No puedo dejar de señalar, además, que dicha afirmación de la defensa resulta contrapuesta con la pena solicitada en los alegatos por esa misma parte, pues allí solicitó una pena de un mes de prisión en las presentes actuaciones, la revocación de la condena condicional que ostentaba y una pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, tal como da cuenta el soporte de audio y video en el minuto 00:49:20 del día 25 de agosto de 2020.

Por último, todos los tiempos de detención efectivamente sufridos por Troncoso, en ambas causas, deben serle descontados, y son materia del cómputo de pena que arrojará la fecha de cumplimiento de la pena única impuesta. Del mismo modo, el cuestionamiento acerca la prisión preventiva sufrida durante este proceso debió, en su caso, ser articulado en la etapa procesal oportuna. En atención a lo expuesto considero que no se verifican los agravios denunciados por el recurrente.

Esto en tanto no resultan más que una discrepancia con la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes previstas por los arts. 40 y 41, y 58 del CP a los efectos de la mensuración de la pena y posterior unificación llevada a cabo por la jueza.

Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación formulado, y contrariamente a lo sostenido por mi colega preopinante, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al planteo defensivo por los motivos que a continuación se exponen.

Tal como surge de la reseña efectuada en el voto que antecede, los agravios casatorios se centran en cuestionar, por un lado, el monto de pena impuesto en la presente causa, por considerarlo **excesivo y carente de justificación** en cuanto a su apartamiento del mínimo legal y, por otro, la unificación de pena practicada por la jueza a quo.

Ahora bien, sin perjuicio de los puntos de agravio desarrollados por el recurrente, considero que la resolución cuestionada contiene vicios en su fundamentación que impiden su convalidación en esta instancia. Concretamente, en lo que concierne a la unificación de penas.

En efecto, en oportunidad de expresar los motivos de su decisión, la sentenciante manifestó que «[...] teniendo en cuenta que el encartado Matías Alejandro Troncoso registra una pena impuesta con anterioridad para fecha 15 de febrero del año 2018, impuesta por el Primer Juzgado de Flagrancia mediante sentencia 5842 a la pena de años de prisión de ejecución condicional, de conformidad con lo establecido en el art. 26 del CP, por el delito de robo agravado por efracción en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda [...], sin que haya transcurrido el plazo de abstención delictiva establecido en el art. 27 del CP, entiendo que corresponde revocar la pena impuesta en esta sentencia a la cual he hecho referencia y unificar con la pena anteriormente impuesta, es decir, la impuesta por el

Tribunal, de conformidad con lo establecido por el art. 27, segundo párrafo y 58 del CP, de manera compositiva, en la pena única [...] de cuatro años de prisión efectiva» (desde minuto 40:02 hasta minuto 41:09 de las constancias audiovisuales correspondiente a la audiencia del día 25/08/2020).

Como se advierte, las razones precedentemente señaladas revelan una clara falencia en la solución adoptada por la jueza de instancia anterior que la desvirtúa como acto jurisdiccional válido.

Es que, a pesar de ser correcta la consideración realizada en cuanto a que corresponde unificar la pena impuesta en esa oportunidad con la sanción establecida por el Primer Juzgado de Flagrancia en fecha 15/02/2018, por no haber transcurrido los plazos establecidos en el art. 27 del CP; y que, al hacerlo, utilizará el método compositivo; la decisión **carece totalmente de fundamentación**.

De los argumentos transcritos surge claramente que la jueza no ha dado ningún tipo de justificación que respalde el quantum de la sanción.

No hizo siquiera una mención genérica de cuáles fueron las circunstancias que la llevaron a optar por ese monto, ni se advierte de qué modo, más allá de su íntima convicción, llegó a la conclusión de que cuatro años de prisión resultaban justos y equitativos como pena única.

Al respecto, cabe señalar que la individualización de la pena y, por consiguiente, la unificación de ellas debe estar suficientemente motivada, es decir, que el tribunal de sentencia exponga claramente y de modo suficiente las circunstancias y motivos que lo condujeron a imponer la sanción en una medida determinada.

Esto es absolutamente imprescindible, ya que, de lo contrario, sería imposible saber si la decisión se ajusta a derecho y si se ponderaron adecuadamente las circunstancias del caso para guiar de modo correcto el razonamiento que derivó en ella.

Como se advierte, la fundamentación constituye entonces un presupuesto del control y de la tutela judicial efectiva.

Estas circunstancias constituyen un obstáculo para efectuar la debida revisión respecto a la forma en que se graduó la sanción, a fin de corroborar los parámetros utilizados para arribar al monto de pena finalmente impuesto, lo que torna arbitraria la resolución impugnada.

En ese sentido, se ha sostenido que «[l]a unificación de penas al igual que el fallo debe estar precedida de una adecuada fundamentación, conforme los principios constitucionales que rigen la materia y lo establecido por los arts. 40 y 41 del CP, dado que este es el momento en el que se establece el quantum del castigo que se le impondrá a la persona sometida a proceso.

De la lectura del fallo en crisis se observa que carece de la debida fundamentación para fijar el quantum de la pena única. Ello así, pues los jueces únicamente describieron las penas que correspondía unificar, incurriendo en una mera afirmación dogmática y genérica, por lo que no podrá ser convalidado» (**Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, sentencia del 27 de mayo de 2014, “Cominassi Molina, Sebastián Luis” de los votos de los Dres. Ledesma y Slokar**). En la misma línea argumental, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas ocasiones (**Fallos 330:393; 330:490; 329:5115; 329:3006; 328:545 y 324:4170**).

Desde otro aspecto, no puede soslayarse que la sentenciante entendió «que corresponde revocar la pena impuesta en esta sentencia a la cual he hecho referencia [la sentencia condenatoria de ejecución condicional, dictada con anterioridad]» y reprodujo esa decisión en el resolutive II.- del fallo recurrido, en cuanto dispuso «REVOCAR la PENA que fue impuesta, por Primer Juzgado de Flagrancia, para fecha 15/2/2018, mediante sentencia N° 5842».

Como se advierte, tales consideraciones incrementan la falencia referida a la falta de fundamentación en cuanto a la unificación.

Ello, en tanto no correspondía revocar la pena anterior, como consignó la jueza de la instancia anterior, puesto que se trataba de una sentencia firme. En todo caso, lo adecuado resultaba revocar el modo de cumplimiento de aquella primera condena, esto es la condicionalidad de la pena impuesta, pero no la pena en sí misma, como se hizo en la sentencia cuestionada.

En ese orden, resulta clara la norma invocada por la propia sentenciante. Así, el art. 27 del CP establece que si el imputado «[...] cometiere un nuevo delito [dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme], sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponda por el segundo delito, conforme lo dispuesto sobre acumulación de penas».

Tal como surge de la norma referida, si el acusado comete un delito dentro del plazo referido, la pena que había sido dejada en suspenso deberá unificarse con la impuesta por el nuevo delito que motivó la revocación de la condicionalidad, pero la pena impuesta en primer lugar no puede ser revocada por el carácter de cosa juzgada que ostenta.

En definitiva, y por las razones expuestas, entiendo que en este punto la resolución cuestionada tampoco se adecua a las pautas de la normativa vigente, por lo que **no puede mantenerse como acto jurisdiccional válido.**

Por todo lo expuesto, considero que debe **responderse de manera parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada.**

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Matías Alejandro Troncoso, cuyas copias se hallan digitalizadas.
- 2.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

17- PRIETO FRANCO y ot. 08-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=538>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 295 359 y 418 del CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. JAI. Declaraciones espontáneas del imputado. Partícipe necesario. Participación. Valoración de la prueba.

Summa:

El JPC condenó a Alos Díaz Nahuel Alejandro a la pena de **cinco años de prisión** por considerarlo partícipe necesario del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2 del CP).

La **defensa** de Alos Díaz Nahuel Alejandro interpone recurso de casación. Solicita la absolución del acusado y, en grado subsidiario, el cambio de calificación mencionado

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 993, pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 315:2505; 37:241; 317:956
- Fallos: 330:3801

Precedentes relacionados.

a-SCJM.

- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcIGA.pdf
- Quevedo Astudillo. 15-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>
- Céspedes. 19-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Fernández Rosales. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcFernandez.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>

- Parraguéz. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Doctrina citada.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Proceso y verdad”; editorial Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas”; 2017; p. 80

ALVARADO VELLOSO; ob. Cit.; pgs. 77/78

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”. Ed. Trotta, págs. 45 y ss.

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio (Disidencia parcial).

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-05375289-0/1((048501-1377)) INCIDENTE DE CASACION EN AUTOS N° P-662/20 CARATULADOS FC/ PRIETO FRANCO, ALOS NAHUEL P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105548357*

En Mendoza, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-25375289-0/1 caratulada “F. C/ PRIETO FRANCO, BRIAN D. Y ALOS DÍAZ, NAHUEL A. P/ROBO AGRAVADO P/RECURSO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa del acusado Alos Díaz Nahuel Alejandro interpone recurso de casación (fs. 1/8 del incidente de casación) contra la sentencia N° 993 y sus fundamentos dictados por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial, en tanto lo condenó a la pena de cinco años de prisión por considerarlo partícipe necesario del delito de robo agravado por el uso de arma que se le atribuye en el marco de los autos N° P-662-20 (art. 166 inc. 2 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio tuvo por corroborada con certeza la plataforma fáctica endilgada al acusado, que sostiene que «[e]l día 03 de Enero de 2020 siendo aproximadamente las 00:20 hs., en inmediaciones de calles Marinelli e Irigoyen del Departamento de Tunuyán, Brian David Prieto Franco descendió de un automóvil Volkswagen Golf de color blanco con una línea negra dominio CAD-810 que era conducido por Nahuel Alejandro Alos Díaz, para luego abordar corriendo a Alberto Fidel Pavez quien circulaba en su bicicleta por el lugar, a quién amenazó exhibiéndole un cuchillo tipo carnicero de treinta centímetros de largo con cabo de color blanco mientras le decía “ dame el teléfono y no digas nada” y seguidamente le sustrajo un celular marca Samsung J2Prime de color negro con funda de color marrón, para luego subir por la puerta del acompañante al mismo automóvil en que se trasladaba y junto a Alos Díaz se dieron a la fuga hacia el sur. Momentos después y siendo ya las 01:05 hs. de la fecha inicialmente mencionada, en la estación de servicios Shell ubicada en calle San Martín y Lisandro de la Torre del Departamento de Tunuyán, el automóvil descripto fue interceptado por efectivos policiales quienes fueron alertados por personal del Centro de Monitoreo de Cámaras, procediendo a la aprehensión de Brian David Prieto Franco y de Nahuel Alejandro Alos Díaz así como también al secuestro del automóvil y del cuchillo empleado, sin lograr recuperar el teléfono celular» (ver fundamentos protocolizados, fs. 1 y 5).

Respecto de la misma, el tribunal consideró que existe una razonable concatenación entre los principales medios de prueba recolectados por el Ministerio Público Fiscal, que conducen unívocamente a sostener la hipótesis que incrimina al acusado Alos Díaz como partícipe necesario del delito investigado.

En este sentido, valoró los dichos de la víctima del suceso, el acta de procedimiento, distintas actas de secuestro, los testimonios del personal policial que intervino, acta de reconocimiento en rueda de personas y la declaración del acusado (ver fundamentos protocolizados, fs. 5/7).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado Nahuel Alos Díaz impugna la sentencia individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por entender que contiene vicios in procedendo. Critica la valoración de la prueba formulada por el tribunal de sentencia.

En este sentido señala que sin pruebas directas sobre la intervención del acusado en los hechos, el tribunal llegó a la certeza necesaria para condenarlo con argumentos arbitrarios sobre la credibilidad que le mereció la declaración del acusado.

Al respecto, y en primer lugar, critica lo dicho por el tribunal a quo, en el sentido de que la declaración de Alos Díaz debía considerarse mendaz por haber sido ofrecida en la última instancia del debate.

Señala al respecto que la ley no limita temporalmente el derecho del acusado a prestar declaración, de modo que este no pudo ser valorado como un indicio de participación en el hecho.

En este punto, además, entiende desacertada la consideración de la a quo, que señala que una declaración tardía como la del acusado no permitió al representante del Ministerio Público Fiscal controvertir la versión exculpatoria.

Considera que no es adecuado utilizar este argumento para restar peso convictivo a los dichos del acusado, puesto que el fiscal tuvo oportunidad de interrogar, y de hecho lo hizo.

En segundo lugar, critica lo dicho por el tribunal de instancia anterior respecto de la veracidad de la versión del acusado.

Explica que, de acuerdo con ella, éste entregó su vehículo a un amigo (co-acusado y condenado) en momentos previos a la consumación de los hechos para que fuese a bañarse y volviese luego a buscarlo.

Señala que el tribunal descreyó de esta versión con base en dos aspectos que lo convencieron de que el acusado manejaba el vehículo utilizado para el robo.

Por un lado, porque consideró que una persona instruida como el acusado no podía ignorar que un automóvil ajeno no puede ser conducido sin permiso; y, por otro lado, porque transcurrió un tiempo “escaso” entre la detención del acusado y el momento del hecho.

Al respecto de las precisiones de la a quo el recurrente advierte, por un lado, que no es lógico restarle valor a la declaración del acusado en virtud de una prohibición que, en la práctica, no se respeta. En este sentido, indica que es habitual prestarse un vehículo entre amigos sin mayores consideraciones sobre un permiso de manejo.

Por otro lado, afirma que las especulaciones del tribunal sobre el tiempo transcurrido son inexactas, lo que derrumba una de las líneas de valoración sobre la se construyó la condena.

Señala en este aspecto que pasaron cuarenta y cinco minutos, lo que demuestra que no existió un lapso “escaso”, sino suficiente para tener como probable la versión de Alos Díaz.

Así, en virtud de estas formulaciones críticas sumado al hecho de que no se encontró el objeto sustraído en el domicilio del acusado, estima que no existen motivos para considerar que este manejaba el vehículo descrito por la acusación.

Subsidiariamente, entiende que el aporte endilgado al acusado no puede ser considerado uno relevante, de modo que su intervención debe ser calificada como una participación secundaria.

En este sentido, considera que la utilización de un cuchillo por parte del co-condenado Prieto fue determinante para asegurarse el celular de la víctima, y no la ayuda prestada por Alos mediante su vehículo.

En otras palabras, entiende que Prieto pudo escaparse independientemente de la asistencia prestada por Alos Díaz, razón por la que el aporte de este no fue esencial.

En función de lo expuesto, solicita la absolución del acusado y, en grado subsidiario, el cambio de calificación mencionado.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Al respecto, repasa los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio, así como sus consideraciones respecto del testimonio del acusado, y considera que los fundamentos ofrecidos para la sentencia cuestionada lucen adecuados.

Asimismo, advierte que los dichos del acusado no se encuentran apoyados en las constancias de la causa y que la versión acusatoria, valorada con toda la prueba en su conjunto, resultaba más verosímil.

Por tales motivos, señala que no existe motivo alguno en la motivación del tribunal de sentencia que apoye lo solicitado por el recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida.

El recurso presentado por la defensa puede sintetizarse en dos segmentos claros.

Por un lado, contiene una crítica a la valoración formulada por el tribunal de sentencia, en concreto, a las premisas de las que se ha valido para sostener la certeza lograda respecto de la plataforma fáctica controvertida.

Por otro lado, de modo subsidiario, un pedido de reconsideración sobre la calificación de los hechos acreditados, en el entendimiento de que el aporte del acusado no contiene la entidad de un aporte necesario.

Con relación al primer punto de análisis, entiendo que el recurso presentado por la defensa no plantea argumentos suficientes para demostrar que la condena ha sido elaborada sobre premisas arbitrarias.

Al respecto, por un lado, debe rechazarse la crítica defensiva en contra de la valoración que realiza la jueza a quo, respecto del momento en que el acusado ofreció su versión de los hechos.

En este sentido considero adecuado sostener, como hace el tribunal de la instancia anterior y, con base en las reglas de la experiencia, que “[I]nsisto, si bien es cierto que una persona tiene derecho a guardar silencio y declarar en cualquier estado y grado del proceso, no es menos cierto que la experiencia indica que ninguna persona privada de la libertad espera calladamente hasta la última instancia para decir, como lo hace el Sr. Alos, que no estuvo en el lugar de los hechos. Dicha declaración por la oportunidad procesal en la que se realiza luce cuanto menos absolutamente especulativa y de imposible confirmación» (ver fundamentos protocolizados, fs. 6).

Por ello, no resulta desacertado que el tribunal de sentencia haya restado credibilidad a la versión de Alos Díaz, entre otras consideraciones, por haber sido ofrecida hacia el final del debate y no en el inicio del proceso. Por este motivo, el agravio de la defensa en este aspecto debe ser rechazado.

Por otro lado, tampoco puede considerarse que sea una premisa inválida para determinar el grado de credibilidad de la versión del acusado, la posición del tribunal de sentencia en el sentido de considerar poco creíble que aquél prestara un vehículo que no era suyo, sino de su madre, a alguien que no poseía habilitación para su manejo.

Con esta refutación, el tribunal sumó una consideración más para construir un juicio de credibilidad sobre la hipótesis del acusado, lo que, según mi entender, resulta adecuado.

Finalmente, se observa que el recurrente no refuta las consideraciones del tribunal de sentencia respecto del contraste que existe entre las desgrabaciones de las constancias del CEO y la versión del acusado.

En este sentido, la a quo señaló que no puede considerarse creíble la versión que Alos Díaz ofreció en el debate, en la medida que las desgrabaciones del CEO indican que, en el momento de ser trasladado en el móvil policial desde el lugar de detención, el acusado manifestó que «el celular se encontraba en su domicilio y que estaba dispuesto a ir a buscarlo» (ver fundamentos protocolizados, fs. 6).

Contra estos últimos argumentos el recurrente no ha ofrecido crítica alguna.

Esto demuestra, según entiendo, que el recurso sólo atomiza algunas premisas del tribunal para atacarlas aisladamente, estrategia que no resulta de recibo en esta instancia pues no ofrece una explicación lógica e integral que demuestre cómo es que la sentencia recurrida ha sido construida sobre una valoración arbitraria de la prueba. Por estas razones, el primer núcleo de agravios debe ser desestimado.

El análisis del segundo eje propuesto por el recurrente determina que las consideraciones del tribunal de sentencia también son adecuadas en este sentido y que las críticas de la defensa carecen de fuerza para torcer la conclusión a la que se ha llegado.

Según observo, en este aspecto la defensa reedita las mismas ideas alegadas en el debate respecto de la entidad del aporte del acusado en el hecho y no ofrece mejores argumentos para fortalecer su posición, en el sentido de que la intervención de Alos Díaz en el hecho no fue esencial.

La explicación del tribunal, al contrario, aquí se comparte, pues explicó cómo la intervención del acusado fue determinante en el hecho investigado.

En este sentido, sostuvo que la ayuda prestada por Alos significó una ventaja comparativa respecto de la víctima, pues esta se trasladaba en bicicleta, y contar con el automóvil del acusado significó un aseguramiento de las posibilidades de escape para Prieto (ver fundamentos protocolizados, fs. 8).

De tal manera el grado de intervención del acusado en el hecho investigado, ha sido debidamente fundado por la jueza de la instancia previa; por lo que tampoco pueden prosperar los agravios expuestos en este sentido.

En suma, por las razones expuestas precedentemente entiendo debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

Por ello, el recurso de casación presentado debe ser rechazado y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia N° 993 provenientes del Primer Juzgado Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial.

No obstante lo señalado, entiendo oportuno realizar algunas consideraciones que estimo importantes. Por un lado, aproximaciones críticas respecto de uno de los mecanismos procesales con los que se resolvió el conflicto en esta causa, en concreto, acerca del juicio abreviado celebrado en el expediente (a). Por otro lado, precisiones sobre la crítica recursiva a la valoración llevada a cabo por el tribunal de sentencia (b).

a. Acerca del juicio abreviado celebrado en el expediente.

Entiendo oportuno destacar que en la presente causa se han dictado dos sentencias en actos separados. La primera, fue dictada en virtud **del juicio abreviado celebrado** ante el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial (art. 419, 420 y concordantes) y por su intermedio se condenó a Brian David Prieto Franco como autor del robo investigado (ver. fs. 369).

La segunda, que ha sido recurrida y ha impulsado el dictado de esta sentencia, fue dictada en virtud de un **juicio oral** celebrado ante el mismo tribunal, aunque con una integración diferente, y determinó la atribución de responsabilidad de Nahuel Alos Díaz como partícipe necesario.

Esta sucesión de juicios, según mi criterio, resulta no ser de recibo político criminalmente pues **resulta inconveniente, más allá de la habilitación legal, celebrar juicios abreviados en expedientes con más de un imputado si uno de ellos no consiente tal mecanismo.**

Efectivamente, por un lado, se desprende con facilidad de las constancias de la causa, que se han impulsado dos procedimientos para resolver un solo conflicto, un procedimiento para cada acusado de los hechos.

Esto, por un lado, ha determinado que el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción no lograra resolver el conflicto de modo eficiente, aminorando el costo en recursos humanos y materiales para lograr el descubrimiento de la verdad real, sino que ha visto congestionada su operatividad al tener que disponer de mayores tiempos y recursos para sustanciar dos juicios.

Todo esto, con el riesgo de llegar a dictar sentencias contradictorias.

Por otro lado, también ha provocado una estrategia criticable por parte del representante del Ministerio Público Fiscal en la labor desplegada en el juicio oral.

En efecto, al momento de alegar, uno de los argumentos utilizados por el acusador para convencer al tribunal fue que, el ya condenado Prieto, había confesado que los hechos que se acusaban a Alos Díaz en el juicio oral habían sucedido con la participación de este.

Es decir, **el fiscal pretendió que la confesión de Prieto, concedida como parte de un acuerdo celebrado en un juicio abreviado, valiese en otro juicio como un elemento de cargo contra el acusado Alos Díaz** (ver constancia de audio del día 27/7/2020, a partir del minuto 13:46, sobre todo a partir del minuto 24:55).

Si bien es cierto que esto **no ha sido valorado por el tribunal de sentencia, también lo es que la estrategia del órgano acusador merece ser destacada en términos cuestionables.**

Esto, en virtud de que el **acusado Nahuel Alos Díaz no participó de la celebración de aquel juicio abreviado**, por considerar que una confesión no presentaba ventajas para él y puesto que contaba con buenas razones para discutir su participación en los hechos en un juicio oral, razón por la que no puede resultar válido pretender, como lo quiso el órgano acusador, que **un acuerdo del que no participó Alos Díaz sea valorado en su contra.**

b. Acerca de la valoración del tribunal

Preliminarmente en este apartado, debe explicarse qué aspectos de los hechos no han sido controvertidos en el juicio celebrado ante el 1° Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción. El día 3 de enero de 2020, siendo las 00:20 hs. aproximadamente y en inmediaciones de calles Marinelli e Irigoyen del Depto. de Tunuyán, Brian David Prieto Franco (condenado en virtud de un juicio abreviado, cfr. obra a fs. 369), se bajó del habitáculo del acompañante de un vehículo Volkswagen Golf blanco, dominio CAD-810, y, con la ayuda de un arma blanca, abordó a Alberto Fidel Pavez, que se trasladaba en bicicleta, lo amenazó y le exigió la entrega de su celular.

Luego, Prieto reingresó al vehículo por el mismo lugar y emprendió su huida. Momento después, alrededor de las 01:05 hs., efectivos policiales interceptaron el automóvil descrito en la estación de servicio Shell, ubicada en calles San Martín y Lisandro de la Torre de Tunuyán, marco en el que aprehendieron a Brian David Prieto Franco y a Nahuel Alejandro Alos Díaz, secuestraron el arma utilizada pero no hallaron el celular sustraído a la víctima.

Conforme con la tarea observada en el debate, la tarea contradictoria de las partes giró sobre la pregunta sobre si Nahuel Alejandro Alos Díaz fue el conductor del vehículo Volkswagen Golf que trasladó a Prieto Franco en el contexto de la comisión del hecho.

El tribunal de sentencia consideró, con base en indicios, que efectivamente el acusado fue el conductor y, además, compartió con el representante del Ministerio Público Fiscal que su aporte fue típico de una participación necesaria.

Conforme señalé corresponde confirmar la conclusión condenatoria del tribunal a quo y, por ello debe rechazarse el recurso presentado por la defensa.

Por una parte, puesto que el recurrente no explica con base en las pruebas recolectadas en el debate y en todas las premisas de valoración utilizadas por el tribunal, en qué medida la conclusión condenatoria es la expresión de una arbitraria valoración del plexo probatorio incorporado.

En este sentido, se advierte que la hipótesis defendida por la defensa carece de apoyo en las constancias incorporadas. Por otra parte, puesto que entiendo que no le asiste razón al señalar que el aporte de Alos Díaz haya tenido el sentido de un aporte secundario.

El sentido de su intervención ha sido, según mi parecer, lo suficientemente relevante para considerarlo **co-configurador** del hecho en su aspecto esencial.

Con todo, como anticipé, formularé algunas consideraciones críticas respecto de tres ideas que ha utilizado el tribunal de sentencia, sin dejar de aclarar que, si bien es cierto que estas ideas pueden presentarse como criticables, lo cierto es que ello no tienen repercusiones suficientes para lograr anular la condena.

1. Por un lado, el tribunal sostuvo que la declaración del acusado le pareció ganancial y especulativa, y por ello menos creíble, por haber sido ofrecida en el final del debate, tras incorporarse la prueba ofrecida por las partes (ver fundamentos protocolizados, fs. 5/6).

Esta posición es criticable según mi parecer.

En primer lugar, porque vulnera el sentido de la garantía que tiene toda persona sujeta a proceso, a declarar en el juicio cuando lo considere oportuno siempre que refiera a su defensa (art. 390 del CPP).

De considerarse como acertada la postura del tribunal, se avalaría un precedente contradictorio con la norma, pues dicha postura asume como plausible que el tiempo de la declaración del acusado es determinante para decidir sobre la verosimilitud de su hipótesis.

En otras palabras, la idea de la jueza a quo afirma que el derecho a declarar en cualquier momento del debate cobra pleno sentido sólo si se hace en el inicio del mismo, o avanzado este, pero no hacia el final, lo que no se ajusta a la garantía constitucional.

En segundo lugar, la posición del tribunal no tiene en cuenta que la tarea contradictoria de las partes en un proceso de corte adversarial imprime a la dinámica de un debate la posibilidad de que las estrategias se readapten constantemente en la medida del avance de la labor de las partes.

El hecho de que el acusado no declarase sino hasta luego de compulsar la prueba de cargo y de este modo brindara su versión de los hechos, no puede ser un elemento de valoración negativo sobre la credibilidad de la hipótesis que este presenta.

De lo contrario, se avalaría que el tribunal de juicio tiene la facultad de decidir sobre qué estrategia es mejor para representar los intereses del acusado.

Si bien la estrategia de la defensa y el acusado ha sido, en palabras del tribunal, “especulativa”, no es por ello menos creíble, pues toda estrategia que se asume en el marco contradictorio de la etapa de juicio lo es, incluso, la del órgano acusador o demás partes.

2. Por otro lado, para el tribunal de la instancia anterior el acusado fue el conductor del vehículo, pues «[...] en modo alguno el imputado Alos, quien sabe que no el propietario del vehículo, sino que lo conduce por tener autorización para hacerlo, pudo prestar lo que sabe que no le pertenece» (ver fundamentos, fs. 6).

En otras palabras, para la a quo no es creíble lo dicho por el acusado Alos Díaz, en el sentido de que prestó su vehículo a su amigo Prieto y desconoce lo que este hizo con él, en la medida que el acusado sabía que no podía prestar un vehículo que no es suyo a una persona que carece de un permiso para circular.

Esta idea, según mi parecer, no es un buen argumento, pues confunde dos planos distintos de análisis.

Por un lado, el plano normativo, en el que podemos ubicar a las normas de carácter administrativo que rigen la conducción de automotores, y por otro lado, el plano en el que se discute la factibilidad de una hipótesis alternativa.

La circunstancia de que se exijan ciertos requisitos para circular en un vehículo automotor y que el acusado los conociera, nada dice sobre las posibilidades fácticas de su explicación. Esto es así pues, a pesar de conocer que no podía prestar un vehículo suyo a alguien sin autorización, pudo, en realidad, hacerlo.

3. Finalmente, entiendo necesario realizar algunas aproximaciones **críticas a la valoración del tribunal en torno de los dichos del acusado**, que fueron registrados en el sistema de grabación del CEO (fs. 86 vta.) y que se valoraron como contradictorios con la versión ofrecida en el debate.

Según se desprende de esta constancia, uno de los efectivos policiales que trasladaba a Alos Díaz reportó que el acusado dijo que el celular de la víctima se encontraba en su domicilio.

Esta circunstancia, según advierto, remite a la pregunta acerca de la medida en **que las “declaraciones espontáneas” en sede extrajudicial** pueden ser valoradas como válidas por su semejanza con la confesión de los hechos ofrecida en sede judicial.

Al respecto, lo esencial es preguntarse si, bajo la etiqueta de “espontaneidad”, en realidad, no se esconde una declaración que ha sido obtenida mediante violencia o coacción y, por ello, imposible de valoración en la medida que atenta contra el principio constitucional que postula que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 CN).

Sobre la inquietud, por un lado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la «mera comunicación de un dato por el imputado al personal, policial en la medida que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal» (**doctrina de Fallos 315:2505; 37:241; 317:956**).

En esta línea, se entiende que las declaraciones espontáneas efectuadas por un detenido al personal policial no pueden ser consideradas violatorias del principio constitucional, sobre la base de que las constancias de la causa indiquen la ausencia de coacción y que, al momento de realizar una declaración judicial (en la declaración indagatoria o acto de imputación formal, por ejemplo), la persona detenida no denuncie en ese sentido.

Dicho en pocas palabras, para esta posición, las declaraciones extrajudiciales de una persona detenida son producto de un ejercicio de libre voluntad y pueden valorarse, en tanto que no existan pruebas en contrario de una libre autodeterminación y en la medida que no se haya formulado una denuncia en este sentido.

En otra línea, sin embargo, se considera que, descartada la presencia de indicios físicos de coacción, la circunstancia de que el imputado no haya aducido que su declaración le fue “arrancada”, es decir, que no

haya denunciado un acto de coerción de la fuerza policial, sólo puede ser relevante en la medida en que, ya ante el órgano jurisdiccional, reconozca el hecho en cuestión.

Como **señala Petracchi**, cuando la versión que el acusado ofrece en sede judicial respecto de los hechos que se acusan es totalmente diferente de la que dan los funcionarios policiales (o, como en este caso, de la que surge de una grabación con base en los registros del CEO), la pretensión de que afirme que efectivamente su declaración le fue arrebatada bajo presión, carece de sentido (**Fallos: 330:3801**, voto del Dr. Petracchi por la minoría).

En otras palabras, según entiendo, de esta línea se desprende un argumento de peso que no puede ser soslayado, en el sentido de que la propia situación de detención y la no convalidación de las **manifestaciones “espontáneas” en el momento** en que sí puede juzgarse sin dudas que el acusado declara libremente (esto es, en principio, ante el tribunal), permiten inferir la existencia de coacción, razón por la que tales manifestaciones no pueden ser valoradas. Comparto esta última posición respecto de las declaraciones “espontáneas”, motivo por el que encuentro criticable una de las premisas de valoración del tribunal.

En efecto, en el caso de examen la a quo prestó atención a las constancias del informe del CEO que obra a fs. 86, donde consta que uno de los funcionarios policiales que llevaba detenido al acusado reportó que este dijo que el objeto robado estaría en su domicilio. Atento a la contradicción de esta constancia con la explicación que el acusado dio en la audiencia de debate, le restó credibilidad a tal declaración (ver fundamentos protocolizados, fs. 6).

Según los argumentos que apoyo, esto no ha sido adecuado. En sede judicial, ámbito donde puede presumirse con buenas razones la plena libertad del acusado para declarar –pues lo hace en un contexto de control judicial y con asesoramiento de su abogado–, éste dio una versión que no se condice con la versión extraída de una constancia documental como lo es el informe del CEO. Ante esta divergencia, el tribunal no debió valorar lo asentado en tal informe, pues se trataría de una declaración ofrecida en un contexto de detención que no fue convalidada luego.

Estos elementos permiten dudar de la espontaneidad de tal declaración. En definitiva, y a pesar de las consideraciones hechas en los puntos (a), (b) y (c), el recurso debe ser rechazado pues, conforme he dicho, las premisas criticadas al tribunal carecen del peso suficiente para justificar las pretensiones del recurrente.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Adhiero al voto preopinante en cuanto a los fundamentos y la solución a la primera cuestión contestando de manera negativa y proponiendo el rechazo del recurso de casación el voto preopinante, **pero disiento con mi distinguido colega de Sala en cuanto al obiter dictum promovido sobre la apreciación crítica del juicio abreviado celebrado por el co-acusado previamente**, como a la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de grado; me explico.

De manera preliminar, estimo que todo tribunal en su tarea de revisión (en sentido amplio) debe circunscribirse a su **competencia fijada por ley** y con el máximo de prudencia; por lo tanto, entiendo que no es conveniente hacer referencia a cuestiones que no tengan vinculación directa o indirecta con la cuestión tratada o con la solución del mismo o, en su caso, que impliquen por su consecuencia influencia para otras causas o tengan un impacto evidente, notorio y nocivo.

De acuerdo con ello, todo lo que al respecto se analice y examine por fuera de cuanto resulta pertinente a la solución del caso bajo examen precisa ser desarrollado y expresado con profunda reflexión, a fin de no perder de vista los alcances casuísticos que de ello pueda derivarse en lo sucesivo.

De no ser así, se puede generar la sensación de selectividad de casos o magistrados a criticar. Dicho cuanto precede, conviene ahora referirme concretamente al procedimiento de juicio abreviado celebrado previamente en la presente causa por el condenado Brian David Prieto Franco.

Tenemos que el hecho investigado en autos ocurrió el día 3 de enero de 2020 y su tratamiento ha sido por el procedimiento de flagrancia regulado por los arts. 429 bis, ter y quater del CPP. Dentro del cual se dispuso la detención domiciliaria el 3 de marzo.

El día 14 de mayo se celebró la Audiencia de Detención y Acuerdos prevista por el art. 439 bis CPP, oportunidad en la cual el co-acusado Pietro Franco optó por admitir los hechos y acordó celebrar un juicio abreviado que fue homologado el 15 de mayo, mientras que el co-acusado Alos Díaz resistió la acusación para que se dilucidara en juicio en la Audiencia de Finalización (art. 439 quater).

La descripta ha sido la secuencia lógico-jurídica y procesal que transitó la causa hasta la celebración del debate oral con relación al co-imputado Alos Díaz.

En lo que sigue, y de acuerdo a las apreciaciones vertidas en el párrafo segundo del presente voto, el análisis extensamente desarrollado en el voto emitido por el Ministro preopinante me persuade a advertir la necesidad de referirme, aún de modo escueto, limitado y centrado en cuanto resulta pertinente al caso, acerca de algunas de las cuestiones allí ventiladas.

Esto es, con estricta observancia de los alcances de lo que aquí se diga en el universo de procesos que son sometidos a consideración de este Tribunal, efectuaré apreciaciones personales acerca de los argumentos vinculados a la política criminal, como temática general, y al procedimiento de juicio abreviado, como subtema especial.

Ello sin pretensión de agotar, ni mucho menos cerrar posibles discusiones que aparecen involucradas en ambas materias. Hablar de política criminal implica, entre otras cuestiones, considerar elementos, intereses, fines, situaciones que, dada su interacción e interrelación permanente, evidencian notoriamente la complejidad de la temática, permitiéndonos, en base a esa visión sistémica e integral de la cuestión, identificar los diversos diseños que puede asumir su determinación para, desde allí, considerar cuál resulta ser, dentro de las posibilidades constitucional y legalmente autorizadas, la política criminal que más se ajusta y mayores beneficios irroga para el sistema de administración de justicia, en un momento histórico y situacionalmente dado.

Lo cual denota, con absoluta claridad que no nos enfrentamos ante una cuestión sencilla y unívoca, sino más bien compleja y esencialmente contingente. En ese contexto, vale la pena aclarar que la política

criminal es definida en nuestra forma de gobierno por los poderes legislativos constituidos, según el diseño y reparto de competencias previsto en la Constitución Nacional.

A su vez, por ese mismo argumento, es que el ejercicio de esa política lo es por parte de los Poderes Judiciales y Ejecutivos, tanto a nivel federal, como en la órbita provincial, de acuerdo al modelo de república federal adoptado constitucionalmente (art. 1 de la CN), el que, esencialmente, implica y reconoce el pluralismo en el plano político, así como también, en el ámbito jurídico.

Ello demuestra, también, que resulta entonces un ámbito altamente complejo efectuar consideraciones al respecto.

Por otra parte, debe decirse que las opiniones de política criminal, son muy válidas e importantes en tanto, a través de ellas, es posible que la sociedad conozca los diversos puntos de vista que puedan pregonarse sobre ella, permitiendo un debate racional y democrático en que sea posible individualizar falencias y ventajas de uno u otro diseño, así como también, apoyos, críticas y propuesta de modificación o profundización.

Con mayor provecho esa discusión moderada les permitirá a los legisladores adoptar las medidas que, a su entender, representen en consecuencia la mejor decisión en aras de los intereses de la sociedad en general y no sólo de algunos sectores de aquella.

Pero, reitero, e insisto con el término, se trata sólo de opiniones, las que, por definición, son atribuibles sólo a quienes las expresan, y, por tanto, pueden o no ser compartidas por los demás.

En el particular, y siguiendo el esquema de análisis adelantado, tenemos que está definida como política procesal el sistema acusatorio adversarial, que es la única forma procesal compatible con el enjuiciamiento mediante juicio por jurados previsto en el Código Fundamental de la República, dentro del cual se debe enmarcar la política criminal a seguir.

Así, y entendido como una manifestación de aquel carácter, se debe establecer legalmente la posibilidad de realizar procedimientos de juicio abreviados o no, y, en su caso, con qué característica se autoriza, cuál es la amplitud de casos a los que se puede aplicar, entre muchas otras cuestiones.

Ello, en la necesidad de mantener la coherencia del sistema penal, respetando el pluralismo jurídico derivado del principio federal, y asegurando la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

Por otra parte, no podemos desconocer que en toda causa penal coexisten el interés de la sociedad/pueblo, con el derecho/interés de la víctima como el derecho/interés del acusado y el deber del Estado de garantizar una administración de justicia eficaz y eficiente.

Por mi parte no advierto la inconveniencia a la posibilidad de amplitud del juicio abreviado como está regulado en nuestra provincia; tanto en relación con la oportunidad para plantearlo, como a los hechos o delitos respecto de los cuales se puede aplicar, o si pueden elegir esta vía sólo alguno de los acusados en una causa.

Por el contrario, sólo encuentro buenas razones para mantener esta amplitud de derechos. Regulación que en definitiva habilitó a Brian David Prieto Franco a acordar un juicio abreviado en la Audiencia de Detención y Acuerdos.

Más allá de ello pienso que puede mejorarse su reglamentación y que **se deberían eliminar los resabios inquisitivos que todavía quedan y son incompatibles con el sistema.**

Resulta evidente que si el co-acusado Prieto admite el hecho y acuerda la pena con el representante del Ministerio Público Fiscal, opta por ejercer su derecho del modo que, a su entender, mejor lo beneficia en la situación en la que se encuentra.

Por ello, solicita el juicio abreviado, definiendo su situación jurídica. Esto le permite ingresar inmediatamente en el régimen de ejecución de la pena y evita la pena del “banquillo”.

Ahora bien, si por su parte el co-acusado Nahuel Alejandro Alos Diaz, en la misma oportunidad, prefiere resistir la acusación y que se realice el debate/juicio con relación a él dada su situación, también tiene derecho a decidirlo de acuerdo a cómo entiende le convenga mejor a sus intereses.

Entonces, el ejercicio de los derechos de cada acusado, de la manera que lo entendieron más conveniente y oportuno, según sus estrategias e interés, ha sido posible porque actualmente está regulado el instituto con la amplitud que los habilita.

Pero si se prohibiera realizar el juicio abreviado al co-acusado Prieto porque el otro co-acusado Alos Diaz quiere resistir la acusación en un debate oral, no sólo estaríamos privando a aquél de su derecho, sino que al coacusado Alos Diaz se lo estaría obligando a enfrentar un juicio acompañado con un co-enjuiciado que admite el hecho tal cual se imputa.

En consecuencia, se estarían violando los derechos de ambos acusados a enfrentar la acusación de la mejor manera que consideraban que correspondía ejercer sus intereses.

No puedo dejar de advertir que tampoco se puede observar cuál es el beneficio del Estado de proceder de otra manera a la prevista legalmente en cuanto al deber de la provincia de asegurar la administración de justicia (art. 5 CN), como de los jueces de administrar justicia bien y legalmente (art. 112 CN).

En definitiva, el supuesto descubrimiento de la **«verdad real», como deber del Estado, tal cual lo sostiene el activismo judicial, con reminiscencia del sistema inquisitivo, en conflicto con el derecho de los acusados en el particular**, no me deja lugar a ninguna duda que debe primar éste, por ser el constitucional, convencional y legalmente válido y vigente, como el más conveniente a una política criminal y procesal, que incluso es más beneficioso para el servicio de justicia en cuanto a su eficacia y eficiencia.

Es el propio sistema normativo y las instituciones que regula las que evidencian el acierto de nuestra postura normativista ya «que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada búsqueda de la verdad real y la absolución por la duda; y el sobreseimiento, tanto definitivo como provisional; y la caducidad de la instancia; y la prescripción liberatoria; y la carga probatoria; y la caducidad de las pruebas por negligencia del oferente en su producción; y la congruencia procesal del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; y la cosa juzgada material; y la prohibición legal de discutir la causa obligacional en juicio ejecutivo, donde sólo se acepta la excepción de inhabilidad de título pero referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa); etcétera, etcétera» **(ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Proceso y verdad”; editorial Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas”; 2017; p. 80).**

Por otra parte, frente a los derechos constitucionales de los acusados, es de dudoso valor el simple argumento de los mayores costos por la separación en juicio abreviado y juicio común por otro lado. Esto

por cuanto estimo que existen buenas razones para mantener esa posibilidad/derecho, por cuanto en el sub examine no ha existido ningún mayor costo, porque por ley debía realizarse la primera audiencia donde Prieto Franco acordó el procedimiento el abreviado y, al resistir la acusación Alos Diaz, respecto de él debía realizarse el debate.

En consecuencia, resulta evidente que no hay ni desgaste jurisdiccional, ni mayor costo; sólo beneficio para ambos acusados y para la administración de justicia.

Sin perjuicio que no está probado que es mayor el costo, tenemos que la eficacia y eficiencia es del sistema penal y, por tanto, éste debe ser analizado y valorado en su conjunto, dinámicamente y de acuerdo a cómo está implementado y no sólo en una causa, que aunque pueda servir para verificar cómo funciona el sistema, nunca puede habilitarnos a extraer conclusiones generales y que éstas puedan considerarse válidas.

Para determinar el costo económico de una causa, no sólo debe invocarse la realización de dos **procedimientos (juicio abreviado y juicio común)**, sino que deben meritarse todas las variables que influyan aumentando y disminuyendo no sólo en el trámite procesal de la causa, sino todas las actividades que se deben realizar o las relacionadas (detención preventiva, ejecución de pena) y consecuencias que su tramitación, o no, implica. Ello no se ha realizado.

En cuanto a la posibilidad de **criticar la estrategia del Fiscal por el uso de la admisión del hecho** por parte del ya condenado en el juicio abreviado, además de carecer de interés judicial concreto, como de competencia recursiva (art. 462 CPP), por cuanto no ha sido motivo de agravio, ni la jueza lo ha tenido en cuenta al dictar su sentencia, cae rendida la crítica cuando es el propio Código Procesal Penal en el inc. 3 del art. 401 el que autoriza la lectura en el debate/juicio de actas o documentos a pedido del Fiscal o de las partes de «[l]as declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieran como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo».

Sin perjuicio de ello, simultáneamente se invoca la «verdad real», pero se cuestiona el uso de la información legítimamente obtenida y legalmente autorizada.

Asimismo se pretende que ese confeso concurra al juicio, con lo cual se está contribuyendo a la acusación fiscal, violentando los derechos de los co-acusados.

En otro orden, con **relación a la valoración de los elementos de prueba**, debe recordarse que tenemos el expreso mandato legal que debe ser formulado por los jueces técnicos según la sana crítica (at. 206 CPP), siempre dentro del marco constitucional, convencional y legal del debido proceso, que «[...] pensado y asegurado por el constituyente no es ni puede ser otra cosa que el proceso lógicamente concebido que, como tal, respeta sus propios principios, debe admitirse que es un método de debate pacífico, dialogal y argumentativo que sirve para que dos sujetos naturalmente desiguales que se encuentran en situación de antagonismo respecto de un bien cualquiera de la vida, puedan discutir en términos de absoluta igualdad ante la ley asegurada por un juzgador gracias a sus cualidades de imparcialidad, imparcialidad e independencia» (**ALVARADO VELLOSO; ob. Cit.; pgs. 77/78**); como corresponde al enjuiciamiento acusatorio adversarial. Como explica el referente latinoamericano y argentino del “garantismo procesal” Adolfo ALVARADO VELLOSO imparcialidad «significa que el tercero juzgador es ajeno y neutral.

Lo que implica que no es parte procesal y, por tanto, no puede ni debe hacer las cosas propias de las partes. Imparcialidad significa que carece de todo interés mediato o inmediato, directo o indirecto, tanto respecto de las personas que litigan como del objeto del litigio.

Y la independencia implica no subordinación al mandamás político de turno ni a las partes procesales. Pero también independencia de todo prejuicio respecto de la raza, del color, del sexo, de las ideas políticas, de situación económica de los litigantes, etcétera, etcétera. (ob. cit. Notas 17, 18 y 19; p. 78)

En consecuencia, **la valoración debe ser producto del análisis contextualizado, como también su formulación.**

Actividad que debe ser ejercida de esa manera y por supuesto debe ser exigido su cumplimiento, y en toda causa, porque ello nace del principio constitucional de igualdad: «todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniforme» (art. 7 CdeM).

Pero el olvido del método de la sana crítica racional (obviamente contextualizado) y de este principio de igualdad de su aplicación para todo caso judicial materializado con imparcialidad, independencia e independencia llevó a que algunos operadores del derecho, incluso promovidos desde la academia, a la aplicación sesgada de la valoración en base a prejuicios hasta que el oportuno llamado de alerta desde distintos sectores significó que estos promotores del cambio tengan la pretensión de establecer diverso estándar de análisis y valoración según el tipo de caso o la pertenencia o situación jurídica del acusado o de la víctima; aplicación indebida que profundizaba aisladamente principios sin tener en cuenta el sistema procesal constitucional y convencionalmente vigente, y con mayor razón el marco del sistema acusatorio adversarial.

Entonces, en la sentencia sub examine se evidencia que la juzgadora ha realizado una extensa explicación, analizando la declaración del acusado y concluyendo en su falta de credibilidad, que resulta ser la parte medular y más amplia del acto judicial.

Tenemos que si bien es cierto que el acusado tiene pleno derecho constitucional a declarar o no, a que su silencio no pueda ser valorado en su contra, como a decidir el momento de hacerlo, de formular una o varias declaraciones, como de modificar o cambiar su versión de los hechos o circunstancias, de ello no se deriva necesariamente la obligación del juez de creerle, sino que, por el contrario, tiene el deber de analizar y valorar según la sana crítica y en contexto.

Esto implica la obligación de determinar la credibilidad de aquella versión, como deber que se impone en la tramitación de todo tipo de proceso judicial penal, y con relación a toda declaración, sea aquella ofrecida por el imputado en el ejercicio de su derecho de defensa material, o de cualquier otro sujeto que comparece al proceso a exponer su conocimiento sobre los hechos investigados en calidad de testigo.

Ello adquiere una especial consideración cuando el deponente cambia la versión o la ofrece tardíamente, casos en los cuales siempre se examina o se debería hacerse, el por qué del cambio o el motivo por el que se la brinda en esa oportunidad.

Conocer los motivos o argumentos en los que se justifica nos permite saber si estamos ante evidencias, pruebas o buenas razones que lo sustentan y con ello puede el juzgador determinar la credibilidad de la declaración.

Actividad ésta que, en el caso en análisis, realiza la jueza ya que no valora el momento de la declaración, sino el contenido de aquella declaración relacionada con el momento en que la hace y, analizado desde la experiencia, como cuando expresa: «sin perjuicio que es un derecho el declarar en cualquier etapa del proceso, la declaración dada por el imputado

Alos aparece como poco creíble, especulativa y sumamente ganancial» e inmediatamente expresa «no resulta creíble» y la analiza en contexto, por su condición de estudiante universitario tener una autorización legal para conducir el vehículo.

O cuando expone que «la experiencia indica que ninguna persona privada de la libertad espera calladamente hasta la última instancia para decir, como lo hace el Sr. Alos, que no estuvo en el lugar de los hechos.

Dicha declaración, por la oportunidad procesal en la que se realiza luce cuanto menos absolutamente especulativa y de imposible confirmación»; o cuando inmediatamente la contrasta con el contexto procesal al afirmar «observo una versión claramente ganancial en la que el Sr. Alos esperó a asegurar la prueba de cargo existente en su contra para simplemente acomodar una versión que lo sacara de escena y luego tranquilamente señalar que los elementos de cargo colectados por la acusación generaban cuanto menos duda razonable respecto de su participación en el ilícito».

Del mismo modo, al cotejarla con el argumento defensivo según el cual al momento de la actuación policial se encontraba sorprendido. O al decir «[...]lo expresado al final del debate aparece como una declaración **marcada por la especulación y la transforma en un mero indicio de mala justificación**».

Con ello se aprecia que la sentenciante ha tenido suficientemente clara la diferencia entre el momento de declarar y el contenido de esa declaración y la ha cotejado para determinar la credibilidad. Se podrá compartir, o no, el análisis sentencial, o la forma de exponerlo, pero no se puede inferir errónea y fragmentadamente que la jueza ha cuestionado el momento que declaró el acusado en soledad y mucho menos pretender que se lo puede tener como dato a valorar en contexto.

La condición de imparcialidad, imparcialidad e independencia del juzgador impone el deber de realizar su función sin prejuicios, es decir sin estereotipos fundados en apreciaciones personales o sociales sobre las cualidades o conductas de las personas, según sea su actividad o profesión, la posición económica, la condición cultural, el sexo, la raza, la nacionalidad, entre otras, sino que siempre debe analizar y valorar sabiendo que la verdad no se posee, que nadie la posee, sino que se busca. Y en el proceso penal es alcanzable, pero de manera limitada.

Por ello, **asiste razón a Ferrajoli cuando** afirma que el fin del proceso no puede ser otro que aquella verdad alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativas sólo a los hechos y circunstancias penalmente relevantes. Esto implica que esta verdad no pretende ser «la verdad», pues está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa.

De acuerdo a esto, la denomina «verdad procesal» y su característica esencial es que es una verdad más reducida en cuanto al contenido informativo. Es una verdad probable, sólo aproximativa en relación con la perfecta correspondencia (**FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”. Ed. Trotta, págs. 45 y ss**).

Por todo lo señalado, y con el alcance aquí expresado, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

18- PRATO SANCHEZ. 28-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210728_FcPrato.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 25882.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Calificación legal. Arma no habida.

Summa:

El **TPC** condenó a los nombrados a la pena de **cinco años de prisión** como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. segundo, primer supuesto CP).

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al caso. En concreto, sostiene que los hechos probados fueron encuadrados en la figura del art. 166 inc. 2 CP (robo calificado por el uso de arma impropia), cuando en realidad se trataría de un hecho típico de la figura del art. 164 CP (robo simple).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido; argumenta que al no encontrarse definido en la letra de la ley qué debe entenderse por arma, es función del juzgador realizar una interpretación acorde a su naturaleza y función que se enmarque dentro del principio de legalidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1263, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.*

Parágrafos destacados:

«Todos los elementos que integran los tipos penales son, en cierta medida, abiertos. Esto significa que requieren ser interpretados por el juez a los efectos de su aplicación. Interpretación que implica su puesta en relación con el resto de las figuras penales que integran la Parte especial del Código penal, así como respecto de las normas de la Parte general y el resto del ordenamiento jurídico –civil, constitucional, internacional, etc.–. Por otro lado, no debe perderse de vista que, en el caso concreto, no existe duda alguna de que el objeto utilizado por los acusados para llevar adelante el robo era **un arma impropia** en tanto instrumento que sin ser diseñado como para lesionar o matar, contaba con un poder alto poder ofensivo para causar el mismo resultado. Y esto, nos permite descartar que la traba del volante de un auto –un hierro de dimensiones y peso considerables– quede al margen de los dos fundamentos que se atribuyen a las armas impropias para considerarlas tales: su poder intimidatorio o su poder ofensivo. Ya sea que nos posicionemos en una u otra perspectiva, en el caso concreto, la barreta utilizada sería un arma impropia».

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo (Licencia). Valerio.

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05431988-0/1((018602-785780)) FC/ PRATO SANCHEZ MAURO GERMAN, LAMIA PEREYRA LEONEL ALEJANDRO, AGUILERA TORRES CARLOS MAURICIO P/ ROBO AGRAVADO (785780) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105609622*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05431988-0/1, caratulada "F. C/ PRATO SÁNCHEZ Y OTS. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Mauro Germán Prato Sánchez y Carlos Mauricio Aguilera Torres interpone recurso de casación (fs. 113/119) contra la sentencia N° 1263 de fs. 85 y vta. y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a los nombrados a la pena de cinco años de prisión como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166, inc. segundo, primer supuesto CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado que «el día 29 de diciembre de 2019, siendo las 07:00 horas aproximadamente, Ruth Elizabeth Impa Durán, se encontraba caminando por la orilla de Ruta 40, costado Norte con dirección al Oeste en el ingreso a El Pastal, Las Heras, con su teléfono celular en la mano, momentos en que circulaba un vehículo marca Fiat, modelo Spazio, dominio TNV-060, color blanco, por dicha dirección, hacia el Este.

En tales circunstancias al avistar a la víctima, descendieron del rodado referido quienes posteriormente fueron identificados como Carlos Mauricio Aguilera Torres y Mauro Germán Prato Sánchez. Acto seguido, Aguilera Torres se colocó frente a Impa Durán y la tomó del cuello con el brazo, apretándola, mientras Prato Sánchez munido de un fierro con el mango color rojo, el cual tenía levantado, le exigió la entrega del celular, para luego arrebatarárselo a la misma, logrando la sustracción de un teléfono celular marca Huawei modelo Mate 10, carcasa dorada, cuyo número es 2617066663, de la empresa Claro, con identificador de huella digital y patrón, funda de color roja con un dibujo de una chica. Inmediatamente Aguilera Torres y Prato Sánchez abordaron nuevamente el automotor descripto ut supra, dándose a la fuga con la res furtiva en su poder».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios de Ruth Elizabeth Impa Durán, Diego M. Oliva y Carlos Carballo, el acta de procedimiento, el resultado del secuestro, el examen físico practicado por los

profesionales del Cuerpo Médico Forense y las declaraciones de los acusados, así como la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica interpone recurso de casación por entender que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al caso.

En concreto, sostiene que los hechos probados fueron encuadrados en la figura del art. 166 inc. 2 CP (robo calificado por el uso de arma impropia), cuando en realidad se trataría de un hecho típico de la figura del art. 164 CP (robo simple).

En apoyo de su tesis argumenta, en primer lugar, que considerar una traba de volante de un auto como arma impropia desafía el principio de taxatividad y se trata de una aplicación analógica de la ley penal 'in malam partem'.

Acto seguido, alega la inconsecuencia hermenéutica que significaría reprimir los robos con arma impropia con una pena mayor que los robos con armas de utilería o cuya aptitud para el disparo no hubiese sido acreditada.

En último lugar, el defensor explica que el tipo requeriría a los efectos de su perfeccionamiento que el arma impropia sea utilizada.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal, después de resumir el planteo defensivo, considera que el recurso es procedente desde el punto de vista formal, pero debe ser rechazado sustancialmente.

En esta línea, argumenta que al no encontrarse definido en la letra de la ley qué debe entenderse por arma, es función del juzgador realizar una interpretación acorde a su naturaleza y función que se enmarque dentro del principio de legalidad.

Actividad que se encuentra suficientemente realizada en la sentencia puesta en tela de juicio. Agrega, en otro orden de ideas, que no existe consecuencia sistemática alguna que se derive de **la reforma de la ley 25.882**.

Finalmente, el Titular del Ministerio Público Fiscal concluye que la resolución recurrida debe ser confirmada y rechazado el recurso casatorio impetrado. Todo ello conforme no se advierte error alguno en la aplicación del derecho al caso sometido a decisión.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio interpuesto por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

El planteo defensivo no cuestiona la plataforma fáctica que ha considerado acreditada el a quo y centra todo su esfuerzo argumentativo en el nivel de la aplicación del derecho. Como expliqué más arriba, el recurrente pretende un cambio de calificación que beneficie a su defendido desplazando la imputación de la figura calificada a la básica.

En apoyo de esta tesis se traza una estrategia argumentativa en el dominio político criminal que tiene tres aristas. Las cuales, de ser correctas, repercutirían en la solución del caso y significarían la errónea aplicación del art. 166, inc. 2 CP.

Sin embargo, como explicaré a continuación, ninguna de sus razones alcanzan para conseguir lo que se propone. En primer lugar, la defensa sostiene que interpretar el término «armas» del art. 166, inc. 2 CP en el sentido de arma impropia se opone al principio de máxima taxatividad que rige la praxis hermenéutica de los operadores jurídicos. Sostiene entonces que el identificar la barreta de traba de un volante con un arma en tanto arma impropia implica una analogía in malam partem.

Ello en tanto, de ningún lugar del Código Penal surgiría la equiparación pretendida entre «arma» y «arma impropia». Hasta aquí, el primer argumento que puede resumirse como una violación del principio de legalidad en la interpretación del elemento típico «arma».

Sin embargo, esta argumentación no puede validarse.

Por un lado, porque todos los elementos que integran los tipos penales son, en cierta medida, abiertos. Esto significa que requieren ser interpretados por el juez a los efectos de su aplicación. Interpretación que implica su puesta en relación con el resto de las figuras penales que integran la Parte especial del Código penal, así como respecto de las normas de la Parte general y el resto del ordenamiento jurídico –civil, constitucional, internacional, etc.–.

Por otro lado, no debe perderse de vista que, en el caso concreto, no existe duda alguna de que el objeto utilizado por los acusados para llevar adelante el robo era un arma impropia en tanto instrumento que sin ser diseñado como para lesionar o matar, contaba con un poder alto poder ofensivo para causar el mismo resultado. Y esto, nos permite descartar que la traba del volante de un auto –un hierro de dimensiones y peso considerables– quede al margen de los dos fundamentos que se atribuyen a las armas impropias para considerarlas tales: su poder intimidatorio o su poder ofensivo. Ya sea que nos posicionemos en una u otra perspectiva, en el caso concreto, la barreta utilizada sería un arma impropia.

En consecuencia, entiendo que el a quo no ha vulnerado el principio de legalidad. Dicho esto, corresponde analizar si la reforma de la ley 25.882 al art. 166 CP genera alguna inconsecuencia sistemática respecto de la identificación del término «armas» del inc. 2 con las armas impropias.

El impugnante sostiene que, si se reprime con una escala penal cuyo mínimo es de cinco años de prisión al que autor que utiliza un arma impropia y, por otro lado, se sanciona con una pena mínima de tres años de prisión al que roba con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiese tenerse por acreditada, se estaría cargando a aquel con una injusta desventaja y a este se le estaría brindando una injusta ventaja. Es que la defensa sugiere que sería más grave «mostrar una ametralladora o pistola 9 mm descargada» que robar con una barreta.

Sin embargo, esta argumentación tampoco tiene la fuerza necesaria para conmovir el razonamiento del a quo. Ello en tanto, omite considerar que el poder ofensivo concreto del instrumento utilizado para perpetrar el robo ha sido tenido especialmente en cuenta por el legislador para llevar a cabo la reforma introducida por la ley 25.882.

Un poder ofensivo que, siguiendo con el ejemplo propuesto por el recurrente, se ha verificado que concurre en el caso de la barreta de hierro y no, por ejemplo, en el caso del arma de fuego descargada

con el que se pretende objetarla. De este modo, no advierto inconsecuencia ni en la letra de la ley ni en la toma de posición del a quo respecto del caso concreto.

Corresponde analizar, en último lugar si le asiste razón a la defensa cuando postula que, aun cuando se validara la existencia de armas impropias como típicas del art. 166 inc. 2 CP, para considerarse perfeccionado el tipo penal calificado habría de emplearse efectivamente el instrumento para causar daño en el cuerpo o salud de la víctima.

Pues bien, dicho punto de vista, propone una interpretación del tipo añadiéndole un elemento ajeno a la redacción del tipo que, de ser tenido en cuenta, sí traspasaría el principio de legalidad.

Es que del mismo modo que no se exige para el robo calificado por utilizarse armas de fuego que estas sean disparadas en contra de las víctimas, tampoco ha de exigirse para el robo calificado por utilizarse un arma impropia, que esta haya afectado el cuerpo o la salud de las víctimas.

Nuevamente, aunque no es este el lugar para zanjar la cuestión relativa al fundamento de la agravante del uso de armas –ya sea propias o impropias– está fuera de toda duda que cuando el legislador sancionó el art. 166 CP operó pensando con la lógica de la prevención frente a un injusto más grave que pivotea entre la mayor ofensividad del instrumento y la intensidad de su poder intimidatorio.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mauro Germán Prato Sánchez y Carlos Mauricio Aguilera Torres a fs. 113/119 y convalidar la sentencia condenatoria de f. 85 y vta. y sus fundamentos.

2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro. DR. MARIO D. ADARO Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 28 de julio de 2021.-

19- GUERRA MORA. 29-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf

Lex: Art. 164, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 474 inc. 2 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Legítima Defensa. Consumación del robo. Disponibilidad del bien. Momento consumativo.

Summa:

El JPC condenó al señalado nombrado a la pena de **cinco años de prisión** por el delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto CP).

La **defensa** interpone recurso de casación en función del art. 474, inc. 2 del CPP. Ello, por entender que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al caso.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido; argumenta que al no encontrarse definido en la letra de la ley qué debe entenderse por arma, es función del juzgador realizar una interpretación acorde a su naturaleza y función que se enmarque dentro del principio de legalidad

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6612, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Robledo Vergara. 09-05-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3NTg=&ta=bla=c2M=>
- González Araya. 15-08-17.
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIyOTE=&ta=bla=c2M=>

Precedentes relacionados

- Prato Sánchez. 28-07-21. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210728_FcPrato.pdf
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Rodríguez Romero. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>

Parágrafos destacados:

«Hasta aquí, este argumento puede resumirse como una violación del principio de legalidad en la interpretación del elemento típico «arma». Sin embargo, este planteo no puede validarse. En efecto, en el específico caso concreto, no existe duda alguna de que el objeto utilizado por el acusado para llevar adelante el robo era un arma impropia en tanto instrumento que sin ser específicamente diseñado como para lesionar o matar, contaba con un alto poder ofensivo para causar el mismo resultado».«Omite

considerar que el poder ofensivo concreto del instrumento utilizado para perpetrar el robo ha sido tenido especialmente en cuenta por el legislador para llevar a cabo la reforma introducida por la ley 25.882».

«Comparto con la defensa que el momento consumativo del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que el autor haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes». «Se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por Ezequiel Guerra logró alcanzar su grado de consumación, en tanto se verificaron, aún durante un breve lapso, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído». (Dr. Valerio)

«Como he expuesto en «González Araya», el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos». «El razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. En otras palabras, la legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito. Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad». «Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión». (Dr. Palermo.)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Disidencia parcial).

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05437725-2/1((018502-46113)) FC./ EZEQUIEL EMANUEL GUERRA MORA P/ ROBO AGRAVADO (46113/20) (46113) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105615897*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05437725-2/1, caratulada "F. C/ GUERRA MORA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Ezequiel Emanuel Guerra Mora interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 6612 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión por el delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc 2, primer párrafo, primer supuesto CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 18 de junio de 2020, siendo las 15:00 hs. en calle Lemos a 1 km. De la entrada del Barrio San Vicente, Los Corralitos, Guaymallén, Ezequiel Emanuel Guerra Mora se acercó a la víctima Jennifer Inés Figueroa y previo exhibirle un cuchillo le exigió la entrega de sus pertenencias por lo que la víctima le dio su mochila y su celular marca Samsung J5 Prime color marrón dándose luego a la fuga. Seguidamente, personal de la Comisaría 58 de Los Corralitos a metros del lugar del hecho aprehendió al sindicado con la res furtiva y el arma utilizada».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones brindadas por la víctima, los funcionarios policiales intervinientes y el secuestro de la res furtiva, así como del examen técnico del arma utilizada para la ejecución del hecho. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Ezequiel Guerra interpone el recurso en función del art. 474, inc. 2 del CPP.

Ello, por entender que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al caso.

En primer lugar, la defensa sostiene que los hechos probados fueron encuadrados en la figura del art. 166, inc. 2 CP (robo calificado por el uso de arma impropia), cuando en realidad se trataría de un hecho típico de la figura del art. 164 CP (robo simple).

En apoyo de su tesis argumenta que considerar una «navaja de 7 cm» como arma impropia desafía el principio de taxatividad y se trata de una aplicación analógica de la ley penal «in malam partem».

Acto seguido, alega la inconsecuencia hermenéutica que significaría reprimir los robos con arma impropia con una pena mayor que los robos con armas de utilería o cuya aptitud para el disparo no hubiese sido acreditada.

En último lugar, el defensor explica que el tipo requeriría a los efectos de su perfeccionamiento que el arma impropia sea utilizada.

En segundo lugar, expresa que no se verificó el desapoderamiento que exige el tipo penal.

Ello en tanto el acusado no tuvo la disposición de los bienes en ningún momento, pues fue aprehendido a los pocos minutos del hecho por el personal policial.

En consecuencia, solicita se modifique el grado de realización del delito enrostrado a tentativa.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 6/8).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

Respecto del primer agravio, argumenta que al no encontrarse definido en la letra de la ley qué debe entenderse por arma, es función del juzgador realizar una interpretación acorde a su naturaleza y función que se enmarque dentro del principio de legalidad.

Actividad que se encuentra suficientemente realizada en la sentencia puesta en tela de juicio.

Agrega, en otro orden de ideas, que no existe consecuencia sistemática alguna que se derive de la reforma de la **ley 25.882**.

Por su parte, en relación con el segundo agravio, rechaza la modificación del grado de realización del delito en tanto tentativa, puesto que solo sería necesario para la consumación del robo que, además del desapoderamiento de la res furtiva, el autor haya tenido la posibilidad de disponer de la misma, lo cual se verificó en el caso de autos pues, aunque fueron unos breves minutos, el imputado pudo disponer del teléfono y la mochila sustraída.

El Titular del Ministerio Público Fiscal concluye entonces que la resolución recurrida debe ser confirmada y rechazado el recurso casatorio impetrado.

Todo ello, conforme no se advierte error alguno en la aplicación del derecho al caso sometido a decisión.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, en línea con lo dictaminado por el Procurador General, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

El planteo defensivo no cuestiona la plataforma fáctica que ha considerado acreditada el a quo y centra todo su esfuerzo argumentativo en el nivel de la aplicación del derecho.

Como expliqué más arriba, el recurrente pretende, en primer lugar, un cambio de calificación que beneficie a su pupilo desplazando la imputación de la figura calificada a la básica (IV.a.-) y, en segundo lugar, modificando el grado de realización del delito en tanto ejecución imperfecta (IV.a.-).

Cambio de calificación legal

IV.a.- En apoyo del cambio de calificación a **robo simple** traza una estrategia argumentativa en el dominio político criminal que tiene tres aristas. Las cuales, de ser correctas, repercutirían en la solución del caso y significarían la errónea aplicación del art. 166 inc. 2 CP. Sin embargo, como desarrollaré a continuación, ninguna de sus razones alcanza para conseguir lo que se propone.

En primer lugar, la defensa sostiene que interpretar el término «armas» del art. 166 inc. 2 CP en el sentido de arma impropia se opone al principio de máxima taxatividad que rige la praxis hermenéutica de los operadores jurídicos. Sostiene entonces que el identificar «una navaja de 7 cm» con un arma en tanto arma impropia implica una analogía in malam partem.

Ello en tanto, de ningún lugar del Código Penal surgiría la equiparación pretendida entre «armas» y «arma impropia». Hasta aquí, este argumento puede resumirse como una violación del principio de legalidad en la interpretación del elemento típico «arma».

Sin embargo, este planteo no puede validarse. En efecto, en el específico caso concreto, no existe duda alguna de que el objeto utilizado por el acusado para llevar adelante el robo era un arma impropia en tanto instrumento que sin ser específicamente diseñado como para lesionar o matar, contaba con un alto poder ofensivo para causar el mismo resultado.

Esto nos permite descartar que una navaja –aun con una hoja de 7 cm– quede al margen de los dos fundamentos que se atribuyen a las armas impropias para considerarlas tales: su poder intimidatorio o su poder ofensivo. Ya sea que nos posicionemos en una u otra perspectiva, en el caso concreto, la navaja utilizada sería un arma impropia.

En consecuencia, entiendo que el a quo no ha vulnerado el principio de legalidad. Dicho esto, corresponde analizar si la reforma de la ley 25.882 al art. 166 CP genera alguna inconsecuencia sistemática respecto de la identificación del término «armas» del inc. 2 con las armas impropias.

El impugnante sostiene que, si se reprime con una escala penal cuyo mínimo es de cinco años de prisión al que autor que utiliza un arma impropia y, por otro lado, se sanciona con una pena mínima de tres años de prisión al que roba con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiese tenerse por acreditada, se estaría cargando a aquel con una injusta desventaja y a este se le estaría brindando una injusta ventaja.

Es que la defensa sugiere que sería más grave «mostrar una ametralladora o pistola 9 mm descargada» que robar con una navaja. Sin embargo, esta argumentación tampoco tiene la fuerza necesaria para conmovir el razonamiento del a quo.

Ello en tanto, omite considerar que el poder ofensivo concreto del instrumento utilizado para perpetrar el robo ha sido tenido especialmente en cuenta por el legislador para llevar a cabo la reforma introducida por la ley 25.882.

Iter criminis. Consumado o tentado

IV.b.- Resta entonces determinar el grado de desarrollo alcanzado por el comportamiento reprochado dentro del iter criminis, esto es, si el hecho delictivo fue consumado, tal cual es postulado en la hipótesis acusatoria o si, por el contrario, permaneció en grado de tentativa, tal cual pretende la defensa en el segundo tramo del recurso impetrado.

Bien, respecto de este tema, el quid reside en determinar si existió o no desapoderamiento típico. Desde su interpretación de los hechos, con cita de doctrina favorable a su posición, el recurrente considera que la prueba que acompaña la causa impedía tener por cierto que Ezequiel Guerra haya tenido un poder de disposición real sobre la cosa sustraída, ya que, salvo algunos minutos, en ningún momento fue perdido de vista por el personal policial que, tras un pronto operativo, logró su aprehensión.

Para así razonar, repasa ciertos fragmentos de las declaraciones de los testigos que depusieron durante la investigación y en debate, para concluir que, no obstante que el acusado emprendió la fuga con la mochila y el teléfono celular por las inmediaciones hasta esconderse en un descampado, esa sola circunstancia no permitía inferir que hubo poder de disposición real.

Ahora bien, sobre el tópico en cuestión, el tribunal de sentencia explicó que el hecho fue consumado pues, aunque hubieran sido unos pocos minutos, existió desapoderamiento, pues en ese lapso el autor sustrajo la cosa de la esfera de custodia de la víctima y contó con la posibilidad de disponer sobre el bien, sin dejar de subrayar que el teléfono celular y la mochila fueron hallados después de que el acusado fuera detenido en un descampado en las inmediaciones del lugar del hecho, en el que se encontraba oculto.

Centrado así el objeto de la discusión, considero que la explicación brindada en la sentencia atacada para concluir que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado resulta adecuada, todo lo cual me conduce necesariamente al rechazo del agravio planteado por las consideraciones que se verán a continuación.

Debo aclarar que comparto con la defensa que el **momento consumativo** del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que el autor haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes (ver al respecto, entre muchos precedentes, «**Robledo Vergara**»).

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por Ezequiel Guerra logró alcanzar su grado de consumación, en tanto se verificaron, aún durante un breve lapso, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído.

Es decir, pudo no sólo ocultarla, destruirla o ejercer sobre ella cualquier otro acto que implique su disposición material, sino, además, y en atención a la naturaleza que es propia al bien sustraído –un teléfono celular y una mochila–, hasta incluso pudo servirse de ellos utilizando, por ejemplo, el teléfono como medio de comunicación.

Al respecto, no puede desconocerse que, entre el momento de la sustracción hasta la aprehensión del imputado, transcurrió un período de tiempo que, aun siendo breve, colocó al agente ante la posibilidad de disponer de la cosa.

Si bien no quedó determinado con total exactitud el tiempo por el que se comprobó esta circunstancia, considero que aun cuando se reconociera la razón sobre este aspecto circunstancial al defensor –que sostiene en su escrito que fueron «algunos» minutos–, entiendo que, por su extensión, resulta suficiente para ejercer actos de disposición.

Ello en tanto, el imputado fue aprehendido después de que personal policial llegara al lugar del hecho y procediera a realizar un rastillaje, medida que permite presumir que no se trató sencillamente de algunos instantes en el que Ezequiel Guerra tuvo en su poder la res furtiva, sino que el tiempo fue mayor.

A su vez, la distancia espacial o geográfica que transitó el agente teniendo el objeto sustraído bajo su poder, en procura de huir del lugar, no hace más que aportar otro elemento circunstancial en abono de la posición que sostengo.

El análisis integral de la prueba incorporada da cuenta que desde calle Lemos a 1 km de la entrada del Barrio San Vicente de Los Corralitos, Guaymallén hasta el descampado en el que se escondió y luego fue detenido, el imputado fue perdido de vista no sólo por la víctima, sino además por el personal policial, el que tuvo que proceder a su búsqueda en las inmediaciones del lugar.

Así lo confirmó la víctima, términos que fueron ratificados por los funcionarios policiales en sus respectivas declaraciones testimoniales.

Con lo cual, y siguiendo los lineamientos que en la materia aconseja la doctrina especializada, el intervalo de tiempo mencionado, sumado a la mecánica de la persecución, le dieron la oportunidad real y suficiente al imputado para disponer libremente del bien sustraído, permitiendo tener por cierto, tanto la permanencia fuera de la esfera de custodia por parte de su legítimo propietario, como así también, en forma paralela, el ejercicio de poder de disposición, ambos aspectos configurativos del aspecto objetivo del ilícito enrostrado: el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, quitándola de su esfera de custodia; y el apoderamiento material de la misma por parte del agente, con la posibilidad, comprobada en autos, que el agente realice –como lo hizo– sobre la cosa actos materiales de disposición.

Por consiguiente, también en este punto, la sentencia impugnada debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido. Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de validez formal de la sentencia, como en el plano de la interpretación de los hechos y de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. **OMAR PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL**, DIJO:

Por diversos motivos disiento parcialmente de la solución a la que llega el ministro preopinante. Si bien coincido con la interpretación realizada respecto del carácter típico de arma del cuchillo utilizado para ejecutar el robo, discrepo en relación con el análisis del segundo de los vicios in iudicando expuestos por el recurrente, esto es, el momento consumativo del robo.

Como he expuesto en «**González Araya**», el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos.

Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa. En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que la ejecución del hecho comienza cuando el autor se aproximó a la víctima y, previo a exhibirle un cuchillo, le exigió la entrega de sus pertenencias, por lo que la víctima le entregó sus pertenencias para, acto seguido, darse a la fuga.

Sin embargo, el autor se mantuvo, de acuerdo con las constancias obrantes en la causa, a escasos metros del lugar del robo, escondido entre los arbustos de un descampado. Puestos en consideración esos hechos, entiendo que en ningún momento el acusado se encontró en condiciones de disponer pacíficamente del celular y la mochila objetos del ilícito, más allá de que la víctima haya perdido la posesión inmediata de estos hasta que Ezequiel Mora fuera aprehendido.

Es que, si sostenemos que estamos frente a un delito contra la propiedad, no puede afirmarse válidamente que el acusado se apropió definitivamente del celular y la mochila Jennifer Figueroa, en tanto el plan fracasó antes de que pudiera darse a la fuga.

En efecto, el hecho de que el personal de la Comisaría 58 de Los Corralitos haya detenido al acusado a metros del lugar del hecho, es demostrativo de que, hasta ese momento, el plan delictivo no había tenido éxito. Como sostuve en el precedente citado supra, «el razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. En otras palabras, la legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito. Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad.

El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión».

En definitiva, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que, si bien el primer agravio debe ser desestimado, el segundo agravio debe ser acogido y, en consecuencia, el hecho debe ser calificado como robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa. Por lo dicho, la primera cuestión debe contestarse negativamente respecto del cuestionamiento del carácter de arma del cuchillo y afirmativamente respecto del grado de realización del delito en cuanto tentativa.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ezequiel Emanuel Guerra Mora y convalidar la sentencia condenatoria N° 6612 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

DR. MARIO D. ADARO Ministro

DR. OMAR A. PALERMO Ministro

20- CAPITANI MARTINEZ. 19-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	PI	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=555>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Videofilmación. Informe técnico.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años y seis meses** de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que se la sentencia condenatoria se encuentra indebidamente motivada y no existe certeza para afirmar que Capitani intervino en el robo. En consecuencia, solicita se anule la sentencia y se realice un nuevo juicio.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1280, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05443223-7/1((018602-7893)) FC/ CAPITANI MARTINEZ GABRIEL ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (7893) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105621860*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05443223-7/1, caratulada “F. C/ CAPITANI MARTÍNEZ S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Gabriel Alejandro Capitani Martínez interpone recurso de casación (fs. 769/791 vta.) contra la sentencia N° 1280 de fs. 751 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166, inc. 2°, párr. primero, supuesto primero; art. 166, inc. 2°, tercer párrafo y art. 167, inc. 2°, art. 54 y 45, todos CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado que «el día 26 de enero de 2019, siendo aproximadamente 20:50 horas, Capitani Gabriel Alejandro, junto con otros dos sujetos NN masculinos no habidos, ni identificados en esta etapa de la investigación, ingresaron al interior del Barrio ‘Aldea Torres Blancas’, sito en calle Elpidio González N° 7951 del kilómetro 11 de Guaymallén, Mendoza, a bordo de una camioneta marca Toyota, modelo Hilux, color rojo, doble cabina dominio AB 872 TB. Seguidamente los dos sujetos NN masculinos no habidos ni identificados, luego de descender de la parte trasera del vehículo en mención, accedieron a través de una casa colindante (en construcción), a la vivienda ubicada en la Manzana E, casa 35 y tras exhibir un arma de fuego con la que golpearon a uno de los moradores, los redujeron atándolos para sustraerles \$150.000 (pesos ciento cincuenta mil), que estaban distribuidos en tres fajos de \$50.000 (pesos cincuenta mil); US\$ 2000 (dólares dos mil); dos relojes pulsera marca ‘Festina’ de color plateado; cinco anillos de oro (uno con piedra roja, uno con piedra azul, uno con un trenzado en parte superior, dos alianzas de matrimonio con nombre ‘Mariana’ y ‘Cristian’); dos gemelos de oro; una cruz de oro; una cadenita de oro; dos cámaras Go Pro de color negro; una máquina filmadora marca JVC de color roja y negra; una consola de juegos Play Station 4 con tres joysticks; una consola de juegos Xbox 360; una consola portátil marca ‘Nintendo’; un reloj marca Náutica de color negro; un reloj marca ‘Tommy’ de color negro; un celular marca Samsung, modelo S8; varios perfumes de hombre; una cartera de color

rojo con una billetera de color rosado en su interior con cuatro tarjetas de crédito de distintos bancos, un carnet de conducir y toda la documentación perteneciente a Barrera Torres Mariana y una camioneta marca Toyota modelo Hilux 4x2 de color gris, patente OHU-831, donde tras cargar los elementos mencionados se dieron a la fuga» (f. 753 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios de Mariana Barrera, Esteban Robledo, Natalia Barrera, Luis Alberto Suárez, Darío Rubén Narváez, Daniel Guirardelli, Gonzalo Guerra, Cristian Robledo, Nahuel Retamales, Verónica Clavero, Mauricio Bulgarín y Gastón Yanzón, el descargo del acusado, la videofilmación del sistema de seguridad del barrio donde residían las víctimas, el informe técnico practicado sobre las cintas, el informe del Cuerpo Médico Forense, así como la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica del acusado interpone el recurso de casación a tenor de las disposiciones del art. 474, incs. del CPP.

Ello, por entender que la sentencia condenatoria se encuentra indebidamente motivada y no existe certeza para afirmar que Capitani intervino en el robo. En consecuencia, solicita se anule la sentencia y se realice un nuevo juicio.

En concreto, sostiene, en primer término, que el tribunal de juicio no ha valorado correctamente el descargo del acusado, quien en las tres oportunidades se declaró inocente y negó los hechos atribuidos.

En segundo término, también objeta el valor de los videos de las cámaras de seguridad del barrio, los cuales no alcanzarían para vincular a su defendido con el hecho delictivo.

De acuerdo con ello, critica como impreciso el informe técnico IT 480/19 que se refiere a aquellos videos. Específicamente sostiene que del video se desprende que «los dos sujetos en cuestión se alejan de la camioneta ‘al trote’, más no se puede afirmar con certeza que hayan descendido de la camioneta, porque esa imagen queda fuera de la lente de la cámara y de la retina del observador» (f. 781).

Continúa la defensa y sostiene que «sí se observa que se abre la puerta trasera izquierda de la camioneta y sí se observa que dos sujetos se alejan ‘al trote’ de la camioneta (minuto 03:52 aprox. hora según cámara 21:04), pero no se observa qué hicieron esos sujetos en la camioneta, el ángulo de la filmación no permite observar con certeza si ascienden –previamente– o descienden de la camioneta» (fs. 781 y vta.).

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal, después de resumir el planteo defensivo, considera que el recurso es procedente desde el punto de vista formal, pero debe ser rechazado sustancialmente.

Argumenta que la defensa centra sus esfuerzos en echar por tierra el valor del video que muestra a dos personas saliendo del asiento trasero de la camioneta que conducía el acusado momentos previos al robo.

Sin embargo, señala que pensar que tratándose de un barrio con seguridad privada los autores del hecho hubieran sido personas distintas a las que se bajaron del rodado, es inverosímil.

De acuerdo a ello, el titular del Ministerio Público Fiscal concluye que la resolución recurrida debe ser confirmada y rechazarse el recurso casatorio impetrado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado por la defensa y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

El planteo defensivo cuestiona la plataforma fáctica que el tribunal de juicio ha considerado acreditada y, en particular, rechaza que existe certeza sobre la intervención de Capitani en el robo que tuvo lugar el pasado 26 de enero de 2019 en el Barrio 'Aldea Torres Blancas'. A partir de allí, solicita se anule la sentencia por inmotivada y se realice un nuevo debate.

La estrategia defensiva consiste en atacar el valor de la videofilmación que da cuenta del ingreso de Capitani momentos previos al robo y, a partir de allí, concentra sus esfuerzos en reafirmar la verosimilitud de la hipótesis defensiva basada en el descargo del acusado. Descargo que es considerado por el recurrente como no valorado.

Bien, dicho esto corresponde analizar la sentencia a la luz de los agravios defensivos, los cuales como anticipé, no consiguen socavar los fundamentos de aquella resolución. Ello, en tanto se encuentra fuera de toda duda el ingreso de Capitani al barrio momentos antes del hecho, así como que de su camioneta descendieron dos sujetos que se desplazaron de allí a la obra contigua a la casa de las víctimas.

Este extremo del hecho, se encuentra acreditado tanto con la videofilmación, como con el testimonio del Aux. Yanzón a cargo del informe técnico sobre los videos de seguridad del barrio.

En efecto, del video efectivamente surge que dos personas salen del asiento trasero de la camioneta de Capitani. La hipótesis acusatoria postula que esto era parte del plan: Capitani ingresaba al Barrio junto con otras dos personas para ejecutar el robo.

Mientras que la hipótesis defensiva sostiene que estos dos sujetos nada tenían que ver con Capitani y que ingresaron a su camioneta para sustraerle una notebook. Esta versión es, a su vez, sostenida por el acusado al momento de realizar su descargo.

Sin embargo, a favor de la veracidad de la hipótesis acusatoria y en contra de la hipótesis defensiva existen una serie de argumentos que, desarrollados con claridad y orden por el tribunal de juicio en la sentencia ahora analizada, me convencen de su corrección y me llevan a descartar el planteo defensivo.

En primer término, el video permite vislumbrar claramente «que minutos después de que Capitani ingresa a la vivienda de la víctima, se abre la puerta trasera derecha y dos personas salen de la camioneta con la que él llega al lugar, para ingresar a la obra en construcción que se encuentra al lado del domicilio luego asaltado».

Esto es subrayado por el a quo a fs. 754 vta. y de alguna manera reconocido por la defensa, la cual se limita a explicar que esto igualmente no sería suficiente pues no se sabe qué hicieron en el asiento trasero estos dos sujetos o si ascendieron una vez dentro del barrio.

En segundo lugar, el Auxiliar Yanzón al momento de declarar –recordemos que fue la persona a cargo de la confección del informe técnico sobre los videos de seguridad que la defensa cuestiona– «si bien no concluye en que efectivamente bajan dos personas del asiento trasero izquierdo de la camioneta, luego reconoce tal evento, al considerar que es posible que ‘esos dos individuos referenciados se hayan

arrastrado; ingresado a la camioneta; sustraído la notebook y luego salido del vehículo y es ese extremo el que se evidencia en la filmación» (f. 754 vta.) y continúa el juez «es decir, en otras palabras, acepta que dos personas salen del asiento trasero de la camioneta de Capitani, pero pretendiendo justificar el hecho con el ingreso previo solo para sustraer una computadora personal» (f. 754 vta.).

Pues bien, incluso la hipótesis defensiva asume que descendieron dos personas del asiento trasero de la camioneta de Capitani, pero intenta explicarlo sosteniendo que previamente entraron al rodado para sustraer una notebook.

En definitiva, este es el núcleo del descargo del acusado: que él ingresó con la camioneta al barrio, pero que lo hizo solo; y, que el video demostraría únicamente el momento en el que dos personas le sustrajeron una computadora personal.

Sin embargo, esta perspectiva de los hechos que, de ningún modo estuvo ajena del razonamiento del magistrado sentenciante –tal como postula la defensa– no sólo es inverosímil, pues es difícil pensar que estas dos personas después de sustraer la notebook se hubieren adentrado en la obra en construcción lindante a la casa de las víctimas, sino porque «las imágenes son claras desde el momento en que llega Capitani hasta que salen de la camioneta y en ningún momento se advierte que previo a ello hayan ingresado al vehículo» (f. 754).

A lo señalado debe sumarse que no logra conmover lo afirmado los dichos de Mariana Barrera quien en el debate no negó haber afirmado que en su declaración durante la instrucción vio a dos hombres que bajaban de un auto marca Gol color gris y que de ahí entraron a una obra en construcción, vistiendo uno de ellos de igual manera que uno de los asaltantes.

Es que este aspecto fue correctamente despejado por el a quo con base en dos argumentos, el primero relativo al propio testimonio de la mujer quien aclaró que no le prestó mucha atención a ese evento y, el segundo, respecto de que «no puede descartarse que esas personas, en el lapso entre que se bajan de la camioneta de Capitani e ingresan a la casa de la familia Barrera, hayan deambulado en algún momento por el barrio y haya sido en esa oportunidad en los que los divisó la víctima» (f. 755).

Finalmente, en tercer lugar, no parece viable la hipótesis defensiva relativa a que los autores habrían ingresado por otro medio distinto, que no sería la camioneta de Capitani. Al respecto, el juez brindó dos argumentos que considero acertados: se trata de un barrio con seguridad privada que no verifica ninguna violación del sistema de serpentinas o cercos eléctricos y, debido a la hora del hecho, sábado 20:50 hs., tampoco es razonable pensar que existieran otras personas trabajando en la obra (véase fs. 755).

En suma, entiendo que la sentencia se encuentra debidamente fundada en orden a la existencia del robo y la autoría de Capitani, quien en división de tareas con otros sujetos no habidos ni identificados, ingresó el día de los hechos junto con ellos al barrio, transportándolos escondidos en el asiento trasero del rodado y, mientras él ingresaba a la casa de las víctimas, aquellos se guarecieron en la obra en construcción esperando el momento de partida del acusado para actuar y disimular así su participación.

Tal visión de los hechos, postulada en el juicio por la acusación encuentra sustento en numerosos elementos de prueba, en particular la videofilmación de la cámara del barrio, el informe técnico que las explica y las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate.

Por el contrario, la hipótesis defensiva basada en el descargo del imputado –que ha sido correctamente ponderado por el a quo– no alcanza para erigirse como una explicación alternativa de los hechos que torne procedente el principio de duda o amerite la anulación de la sentencia y la realización de un nuevo juicio.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gabriel Alejandro Capitani Martínez a fs. 769/791 vta. y convalidar la sentencia condenatoria de f. 751 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

21- PASTEN ROJAS. 25-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=546>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración probatoria. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** opina que el recurso debe ser rechazado, ya el defensor intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1369, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes.31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Morales Quiroga. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Di cesare Morales. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro Luis. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- González Pringles.
- Rivero Gutiérrez.
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

Doctrina citada.

SEGATO, Rita Laura, Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31

Párrafos destacados

“En este punto conviene destacar que no es la probable intención del encartado, posterior a la consumación del desapoderamiento, lo que define un delito, ni tampoco lo es, el efecto que en el ánimo de los denunciantes produjeron los hechos típicos, tal como esgrime el defensor, sino la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos propios del delito.”-

“En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».”

“Se puede concluir de todo lo reseñado, que frente a un caso donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta indispensable que los operadores de los distintos poderes estén debidamente capacitados en la temática y realicen todas las acciones tendientes a detectar y prevenir la violencia de género, asegurando un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población. “

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05421061-7/1((018601-721899)) FC/ PASTEN ROJAS CRISTIAN SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (721899/19) (721899) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105597939*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05421061-7/1 caratulada "F. C/ PASTEN ROJAS, CRISTIAN SEBASTIÁN P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado Cristian Sebastián Pastén Rojas interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1369, en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 15 de junio de 2019 entre las 7 y las 8 horas aproximadamente, el acusado sorprendió a Katia Jofré con Jonatan Ojeda, quienes estaban en los asientos traseros del interior del vehículo de este último, en la zona denominada "el chorro", atrás del camping municipal de la localidad de Uspallata, Las Heras. Sin mediar palabra, Pasten rompió el vidrio de la ventanilla de la puerta trasera del lado del conductor, con una vara metálica extensible negra y le roció gas pimienta en el rostro a Ojeda. Éste descendió del rodado por la otra puerta y fue interceptado por Pasten, quien lo volvió a rociar con gas pimienta en el rostro y le propinó un golpe en la espalda con la vara metálica, logrando Ojeda huir del lugar. Pasten se subió a la parte trasera de la camioneta, donde aun estaba Jofré, a quien golpeó con la vara metálica en reiteradas oportunidades y la roció con gas pimienta, ocasionándole laceraciones en la espalda, hombro izquierdo, región lumbar, glúteos, abdomen, miembros inferiores y superiores y eritema cutáneo en la cara, tronco y miembros superiores, para luego darse a la fuga con los teléfonos celulares, uno marca Samsung J3 con carcasa negra, y otro marca Motorola G5 con carcasa plateada, ambos de la compañía Movistar.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque el a quo ignoró las testimoniales producidas en el debate, que coinciden en que no fue un robo, sino más bien una discusión de pareja, en la que se vio involucrado un tercero, terminando lesionados Ojeda y Jofré, dañados el vehículo del primero y los celulares de ambos.

Refiere que el supuesto engaño que Jofré le habría inferido a Pasten, surge de esos aparatos y que por eso se los llevó.

Explica que las víctimas reconocieron que la intención del imputado fue revisar los celulares, para determinar que lo estaban engañando y darle un corte a la relación que mantenía con Jofré, quien ese día había quedado en juntarse a la salida del trabajo para dormir juntos, con Pasten.

Alega que el a quo tiene en cuenta elementos ajenos a lo que ocurrió en el debate, supuestamente por un error material, lo que sería factible de subsanación en esta instancia.

Señala que Quiroga, que era el encargado del camping municipal y quien llamó al 911, no dice en ningún momento que Ojeda haya dicho que le habían robado, sino que fue el fiscal quien de modo inductivo lo interrogó, manipulando sus recuerdos. Transcribe la versión taquigráfica del video con dicha declaración.

Insiste en que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, porque las dos víctimas dijeron en el debate que los objetos quedaron en el lugar del hecho y que Pasten quiso acceder a su información y revisarlos, y que al no poder hacerlo, los tiró al agua y se retiró del lugar, quedando los objetos abandonados y dañados.

Apunta que al otro día, el acusado fue al lugar de los hechos para encontrar los celulares, de los que nunca tuvo la disposición plena, para secarlos con arroz y ver si podía enmendar el daño producido por el forcejeo y la humedad.

Aclara que Pasten no le iba a robar a su pareja, con quien hasta unas horas antes del hecho, convivía y tenía un proyecto de familia en común.

También se queja de la existencia de un vicio de orden formal, porque omitió el juzgador, prueba decisiva, cuya inclusión mental hipotética modifica la solución. Resalta que su asistido no tiene antecedentes penales. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General opina que el recurso debe ser rechazado, ya el defensor intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción.

Refiere que el tribunal concluyó en que la materialidad del hecho y la autoría no fueron controvertidas, porque las dos víctimas expresaron que fueron desapoderadas de sus teléfonos, y que Quiroga asiente la posibilidad que Ojeda le haya dicho que fue asaltado.

Indica que el elemento subjetivo del tipo que requiere la figura es la finalidad de apoderarse de una cosa ajena, siendo indiferente la finalidad ulterior del autor.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso debe ser desestimado.

Ello por cuanto el a quo evaluó la prueba rendida, de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, derivando lógicamente de su consideración conjunta, la condena impuesta, según pudo constatarse a través de la revisión practicada.

Al respecto, es menester destacar que al comenzar su relato una de las víctimas –Ojeda– expresó que el acusado «[...] sustrajo los teléfonos, mío y de la chica, que estaban adentro de la camioneta» (14:50 aproximadamente). Mientras que, a su turno, Katia Jofré dijo: «Busqué mi teléfono para llamar a la policía, pero no alcancé a llamar, porque Cristian se estaba lanzando encima mío, empezamos a forcejear, a pedir auxilio, él me pegó, me roció gas pimienta y salió de adentro de la camioneta, porque yo gritaba y ahí él agarra mi teléfono y se lo lleva» (28:30 aproximadamente).

A lo señalado la testigo agregó que «[s]e llevó mi teléfono y el de Jonatan. El de Jonatan se había caído de la camioneta, y el mío estaba en el piso de la camioneta, porque cuando forcejearnos lo tiré para defenderme. El documento estaba en la carcasa, no es que me robó el documento, porque el documento estaba ahí».

Es decir, que los denunciante en el debate, hacen mención a que el acusado les sustrajo, llevó, «agarró» los aparatos celulares.

O sea, los despojó, sacó esos objetos de su ámbito de custodia, dispuso de ellos, más allá de cuál haya sido su intención ulterior, que en el caso, si nos atenemos a la posición defensiva, habría consistido en agredir a las víctimas y revisar los mensajes que los celulares contenían, para confirmar el engaño de su pareja.

Engaño que, de haber existido –teniendo en cuenta que Jofré expresó que a esa fecha, si bien seguía en contacto con Pasten, habían terminado la relación–, pudo constatar directamente, sin necesidad de corroborarlo a través de un celular.

En síntesis, por más que el recurrente procure interpretar de una forma favorable a su asistido los dichos de las víctimas, aludiendo a que ellos no percibieron que fuera un robo –extremo que reconoce el a quo en los fundamentos, cuando concluye en que «[...] tanto Ojeda, como Jofré, expusieron que vivenciaron el hecho como una agresión y no como un robo»–, de las probanzas rendidas surge que sí lo fue.

Al respecto, es menester resaltar que los celulares fueron encontrados en un terreno adyacente a la casa de los padres del acusado, dentro de un santuario o gruta, durante el allanamiento que se llevó a cabo, de acuerdo a lo plasmado en el acta incorporada y a la declaración en el debate, del funcionario policial que intervino en dicha diligencia procesal (registro audiovisual, minutos 54:52 y siguientes).

También se ha comprobado, que los operadores del 911, llamados por el encargado del camping de Uspallata, informaron que se trataba de un supuesto asalto a mano armada.

Concretamente, el oficial Farías relató en el debate que dicho encargado, dijo que Ojeda manifestó que estaba con su novia y que había venido un sujeto y le había intentado robar, rompiéndole los vidrios de la camioneta y rociándolo con gas pimienta. Y ante una pregunta del defensor, este testigo expresó que la mujer dijo que el sujeto «[...] le había robado el celular» y aclaró que aquél era su ex pareja (registro audiovisual, 1:04:30 aproximadamente). Frente a lo hasta acá desarrollado, es irrelevante que el encargado del camping – Quiroga– haya recordado o no, si Ojeda le comentó esa madrugada, que había padecido un robo, tal como expuso en la oficina fiscal, en las siguientes palabras: «[...] lo habían robado, golpeado y rociado con gas pimienta»(acta, fs. 12, mencionada en el registro audiovisual por el fiscal, 10:50 y siguientes).

O sea, los elementos reunidos, dan cuenta que Pasten, luego de sorprender a los denunciantes en un automotor, rompió uno de los vidrios del mismo, golpeó a los ocupantes con una varilla y los roció con gas pimienta, apoderándose de sus teléfonos celulares; plataforma fáctica que se subsume, sin dudas, en el delito de robo agravado por el uso de arma.

En este punto conviene destacar que no es la probable intención del encartado, posterior a la consumación del desapoderamiento, lo que define un delito, ni tampoco lo es, el efecto que en el ánimo de los denunciantes produjeron los hechos típicos, tal como esgrime el defensor, sino la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos propios del delito.

En consecuencia, no se ha omitido valorar prueba decisiva, desde que la inclusión mental hipotética de la apreciación personal de las víctimas, carece de la virtualidad de convertir el delito investigado en autos, en un episodio en el que «[...] la acción primaria que realizó el señor Pasten fue intentar acceder a su información y revisarlos a los fines de constatar el engaño premeditado que le estaba propinando su pareja [...]», tal como expone el impugnante en el punto a) de su recurso.

Resta decir que la solución es la misma, aún en el supuesto esbozado por la defensa, en el sentido que su asistido tiró al agua los celulares, quedando así abandonados y dañados en el lugar de la agresión, hasta que al día siguiente fue a buscarlos (recurso, punto a). Ello, en tanto lo relevante en el delito de robo es el desapoderamiento con fuerza en las cosas o violencia en las personas; lo que, como se señaló, se encuentra acreditado en las presentes actuaciones.

El eventual abandono o daño de la cosa no releva al autor del desapoderamiento anterior a ellos, sino que, por el contrario, son comportamientos que revelan poder sobre ella. Por lo demás, la circunstancia que el acusado no tenga antecedentes, puesta de relieve por el defensor, fue considerada por el sentenciante al imponer la pena mínima, no obstante los agravantes que refirió que concurrían, resultando evidente, **por su gravedad, a mi criterio, la manifiesta violencia de género ejercida por el acusado hacia Katia Jofré.**

En este último sentido debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, lo que he tenido oportunidad de señalar en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Vega**», «**Castro Luis**», entre otros. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Pasten Rojas. En especial, adhiero a la consideración realizada en torno a que el presente caso tuvo lugar en un contexto de violencia de género (ver «**Galdeano Reyes**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», y más recientemente «**Ojeda Pérez**», «**Rivero Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación **a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones**, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, cabe señalar que la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, ha establecido renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer.

Así, destaca el derecho de la mujer a vivir sin violencia en todos los ámbitos en que se desarrolla, tanto en los públicos como privados (art. 4). Del mismo modo, sostiene el deber de los distintos agentes estatales de establecer «Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos» (art. 2 inc. c). Ello tiene como correlato –según entiendo– el deber de los operadores del derecho de detectar y visibilizar este tipo de manifestaciones de violencia en los distintos ámbitos en los que la mujer desarrolla su personalidad.

En este orden, **Segato al analizar el sometimiento del género femenino a las estructuras patriarcales jerárquicamente constituidas y la etiología de la violencia** señala que «[...] aun cuando la apropiación del cuerpo femenino [...] se dé en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela. Este último [...] sigue estableciendo que las mujeres que no son propiedad de un hombre [...] son percibidas como propiedad de todos los hombres. En esencia, pierden su autonomía física y sexual».

En este mismo contexto argumentativo refiere también sobre «[...] la apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en condiciones de desprotección» (**Segato**, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, pags. 30 y 31).

Conforme a ello, entiendo que la comprensión de estas estructuras subyacentes a los comportamientos que conformaron los hechos objeto del proceso, es lo que permite realizar una adecuada lectura del contexto de género en el que aquellos se desarrollaron.

Se puede concluir de todo lo reseñado, que frente a un caso donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta indispensable que los operadores de los distintos poderes estén debidamente capacitados en la temática y realicen todas las acciones tendientes a detectar y prevenir la violencia de género, asegurando un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**», «**Reyes Cortelezzi**» y «**Castro Luis**», por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Cristian Sebastián Pasten Rojas.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

22- SEGURA MUÑOZ. 25-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	NNA	-	ANU	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=548>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 41 quarter del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de utilería. Participación de un menor. Momento consumativo. Tentativa. Valoración probatoria. Reconocimiento en rueda negativo.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego de utilería agravado por la participación de un menor (art. 166 inc. 2, 3° párr. y 41 quater CP).

La **defensa** interpone recurso de casación dado que considera que la resolución referida padece vicios in procedendo, en tanto no se habrían observado las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar elementos probatorios de carácter decisivo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y convalidó la sentencia condenatoria.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6835, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- González Araya. 15-08-17: <https://jusmendoza.gob.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Escobedo Cruz. 22-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220422_FcECR.pdf
- Rodríguez Romero. 27-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220427_FcRRG.pdf
- Ruggeri Rubén: 22-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220622_FcRRJ.pdf

Parágrafos destacados.

“En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por Gonzalo Segura logró alcanzar su grado de consumación, en tanto se verificaron, aún durante un breve espacio temporal, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído. Es decir, pudo no sólo ocultarla, destruirla o ejercer sobre ella cualquier otro acto que implique su disposición material, sino, además, y en atención a la naturaleza que es propia al bien sustraído –una bicicleta–, hasta incluso pudo servirse de ella utilizándola como medio de transporte. (Del voto del Dr. Valerio -preopinante.)

Como he expuesto en «González Araya», el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.” (Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Disidencia parcial).

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-05431323-8/1((018501-3986)) F. C/ SEGURA MUÑOZ AFV P/ ROBO CON ARMA DE FUEGO (3986/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105608837*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05431323-8/1, caratulada “F. C/ SEGURA MUÑOZ S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Gonzalo Isaías Segura Muñoz interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 6835 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego de utilería agravado por la participación de un menor (art. 166 inc. 2, 3° párr. y 41 quater CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «para fecha 13 del mes de enero de 2020, siendo aproximadamente las 17:30 hs., en calle 25 de Mayo, a la altura de la empresa Green S.A. de Guaymallén, Franco Alejandro Videau, menor imputable, junto a Gonzalo Isaías Segura, esgrimiendo un arma de fuego de utilería interceptaron a la víctima y le sustrajeron una bicicleta marca ‘Specialized’ rodado 29 tapada con goma eva de color negra, con linterna de velocímetro incorporada y bocina, con dos porta caramañolas, con luz trasera, con empuñaduras marca ‘Specialized’ color negras, dándose a la fuga con el elemento sustraído y siendo posteriormente aprehendidos por personal policial a escasos metros del lugar del hecho en poder de la res furtiva y del arma utilizada».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones brindadas por la víctima, los funcionarios policiales intervinientes, el resultado del reconocimiento en rueda de personas y el secuestro de la res furtiva, así como del arma de utilería utilizada para la ejecución del hecho. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Gonzalo Segura considera, en primer lugar, que la resolución referida padece vicios in procedendo, en tanto no se habrían observado las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar elementos probatorios de carácter decisivo.

En efecto, el recurrente sostiene que no existe elemento alguno que acredite la participación de Gonzalo Segura en el robo. Entre ellos, destaca el resultado negativo arrojado por el reconocimiento en rueda de personas.

En segundo lugar, y subsidiariamente, expresa que no se verificó el desapoderamiento que exige el tipo penal. Ello en tanto el acusado no tuvo la disposición del rodado en ningún momento, pues fue aprehendido a los pocos minutos del hecho por el personal policial.

En consecuencia, solicita se modifique el grado de realización del delito enrostrado a tentativa. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 5/6).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia. En concreto, respecto a la ausencia de prueba de cargo alegada por la defensa opone que, a pesar del resultado negativo arrojado por el reconocimiento en rueda de personas, fue la descripción de la ropa utilizadas por los autores del hecho, brindada por la víctima y el Comisario Rosales al CEO, la que posibilitó la aprehensión y recupero del rodado, minutos después del robo. Agrega el Titular del Ministerio Público Fiscal, que tal procedimiento arrojó no solo la detención de los autores, sino el secuestro de la ropa coincidente con la descripción previamente dada, sino también, del arma de utilería y de la bicicleta sustraída.

Finalmente, rechaza la modificación del grado de realización del delito en tanto tentativa, puesto que sólo sería necesario para la consumación del robo que, además del desapoderamiento de la res furtiva, el autor haya tenido la posibilidad de disponer de la misma, lo cual se verificó en el caso de autos pues, aunque fueron unos breves minutos, los imputados pudieron disponer del rodado. Momento en el que fueron perdidos de vista por la víctima y el Comisario Rosales.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria. La defensa articula dos agravios.

Uno relativo a la valoración de la prueba, con la cual discrepa y otro, de carácter subsidiario, referido a la calificación del hecho. Respecto del primero, sostiene que no existe prueba de cargo suficiente para alcanzar el grado de convicción que exige el dictado de una sentencia condenatoria.

Respecto del segundo, postula que el delito no se perfeccionó en tanto consumación, permaneciendo tentado al no conseguir el autor desapoderar a la víctima.

Pues bien, en relación con la valoración de la prueba de cargo y el proceder del magistrado sentenciante, no encuentro válida la objeción defensiva.

En efecto, advierto que la defensa construye su razonamiento a partir del **resultado negativo arrojado por el reconocimiento en rueda de personas**. Sin embargo, respecto del peso del resultado negativo de este medio de prueba pueden decirse dos cosas.

Por un lado, que el razonamiento por medio del cual la jueza de la instancia anterior llegó a su conclusión de condena se encuentra fundamentado en la adecuada valoración del conjunto de pruebas que acreditan la existencia del hecho –de acuerdo con las circunstancias espacio-temporales de la hipótesis acusatoria– y la autoría de Gonzalo Segura.

Estos elementos, esencialmente, son la declaración de la víctima, Sergio Broner, y del Comisario Rosales –quienes describieron al acusado y el menor en la llamada al CEO– y el secuestro a escasos metros del hecho de la ropa utilizada en el hecho –coincidente con la descripción previa brindada por la víctima– (véase 00:59:00 del registro audiovisual del día 09/10/2020).

Según surge de sus declaraciones testimoniales, los funcionarios policiales Morales y Colla al ser advertidos de la comisión del ilícito salieron en persecución de los sujetos que lo habrían realizado (véase 01:13:22).

Morales aprehendió al menor vestido con ropa negra y Colla continuó detrás de Gonzalo Segura, que ingresó a una bodega, en la que se lanzó a una cava, donde fue aprehendido sin zapatillas y sin la remera azul previamente individualizada por la víctima. No obstante, ambas prendas fueron secuestradas en las inmediaciones del lugar junto con el arma de utilería y la bicicleta.

Por otro lado, el resultado negativo arrojado por la rueda de reconocimiento practicada con la víctima y el Comisario Rosales, testigo directo del hecho, tampoco consigue conmover este cuadro probatorio.

Es que la magistrada sentenciante argumentó que era verosímil pensar en que después de transcurridos ocho meses desde el hecho, los aquellos testigos tuvieran dificultades para individualizar a los autores (véase 01:21:00).

Dicho esto, entiendo, en consonancia con el temperamento de la jueza sentenciante (véase 01:05:00) que no caben dudas sobre las circunstancias probadas del hecho en tanto típico de robo, ni de la autoría de Gonzalo Segura.

Resta entonces determinar el grado de desarrollo alcanzado por el comportamiento reprochado dentro del iter criminis, esto es, si el hecho delictivo fue consumado, tal cual es postulado en la hipótesis acusatoria o si, por el contrario, permaneció en grado de tentativa, tal cual pretende la defensa en el segundo tramo del recurso impetrado.

Bien, respecto de este tema, la cuestión central reside en determinar si existió o no el desapoderamiento típico previsto en la figura legal en que se encuadró el hecho. Desde su interpretación de los hechos, con cita de doctrina favorable a su posición, el recurrente considera que la prueba que acompaña la causa impedía tener por cierto que Gonzalo Segura haya tenido un poder de disposición real sobre la cosa sustraída, ya que salvo dos o tres minutos, en ningún momento fue perdido de vista por el personal policial que, tras un intenso operativo, logró su aprehensión.

Para así razonar, repasa ciertos fragmentos de las declaraciones de los testigos que depusieron durante la investigación y en debate, para concluir que, no obstante que el acusado desplazó el rodado durante aproximadamente una cuadra, esa sola circunstancia no permitía inferir que hubo poder de disposición, ya que mientras escapaba con la bicicleta, era perseguido por gran cantidad de policías, circunstancias éstas que impidieron una disposición real (véase el recurso defensivo).

Ahora bien, sobre el tópico en cuestión, el tribunal de sentencia explicó que el hecho fue consumado pues no debe confundirse el agotamiento del delito con su consumación formal, la cual basta para descartar la aplicación del art. 42 CP.

Asimismo, agregó que, aunque hubieran sido unos pocos minutos, existió desapoderamiento, pues en ese lapso el autor sustrajo la cosa de la esfera de custodia de la víctima y contó con la posibilidad de disponer sobre el bien, sin dejar de subrayar que el rodado fue hallado después de un rastillaje realizado por el personal policial, pues en el iter de la persecución el acusado se desprendió de la bicicleta (véase 00:58:00).

Centrado así el objeto de la discusión, considero que la explicación brindada en la sentencia atacada para concluir que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado resulta adecuada, todo lo cual me conduce necesariamente al rechazo del agravio planteado por las consideraciones que se verán a continuación.

Debo aclarar que comparto con la defensa que el momento consumativo del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que el autor haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes, tal cual he explicado en el **precedente «Robledo Vergara»**.

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por Gonzalo Segura logró alcanzar su grado de consumación, en tanto se verificaron, aún durante un breve espacio temporal, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído.

Es decir, pudo no sólo ocultarla, destruirla o ejercer sobre ella cualquier otro acto que implique su disposición material, sino, además, y en atención a la naturaleza que es propia al bien sustraído –una bicicleta–, hasta incluso pudo servirse de ella utilizándola como medio de transporte.

En consecuencia, si bien no quedó determinado con total exactitud el lapso por el que se comprobó esta circunstancia, la propia del defensa del acusado, reconoce la existencia de este tiempo y aunque le quita entidad por lo escasez –dos o tres minutos–, ello no desvirtúa lo afirmado en el párrafo que precede.

A su vez, la distancia espacial o geográfica que transitó el agente teniendo el objeto sustraído bajo su poder, en procura de huir del lugar, no hace más que aportar otro elemento circunstancial en abono de la posición que sostengo.

El análisis integral de la prueba incorporada da cuenta que desde calle 25 de Mayo a la altura de la empresa Green S.A. del departamento de Guaymallén hasta la bodega en la que fue detenido, el imputado fue perdido de vista no sólo por la víctima, sino además por el Comisario Rosales, quien dio aviso al CEO para reanudar la persecución.

Así lo confirmó la víctima, términos que fueron ratificados por los funcionarios policiales en sus respectivas declaraciones testimoniales.

A lo que debe agregarse que el rodado no fue hallado sino después de practicarse un rastillaje en las inmediaciones del hecho.

En conclusión, siguiendo los lineamientos que en la materia aconseja la doctrina especializada, la prueba obrante en autos verifica tanto la permanencia de la cosa fuera de la esfera de custodia de su legítimo propietario, como así también, el ejercicio de poder de disposición, ambos aspectos configurativos del aspecto objetivo del ilícito enrostrado.

Por un lado, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, quitándola de su esfera de custodia y, por otro, el apoderamiento material de la misma por parte del agente, con la posibilidad de que el agente realice –como lo hizo– sobre la cosa actos materiales de disposición.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de validez formal de la sentencia, como en el plano de la interpretación de los hechos y de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO: Por diversos motivos no comparto parcialmente la solución a la que llega el ministro preopinante.

Si bien, coincido con la validación de la prueba que cargo que verifica la intervención de Gonzalo Segura en el hecho, discrepo en relación con al análisis realizado respecto del momento consumativo del robo.

Como he expuesto en «González Araya», el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que la ejecución del hecho comienza cuando el autor se aproximó a la víctima y, previo a exhibirle un arma de utilería, le exigió la entrega de su bicicleta (por lo que la víctima le entregó el rodado) para, acto seguido, darse a la fuga.

Sin embargo, el autor fue detenido, de acuerdo con las constancias obrantes en la causa, a los pocos minutos (dos o tres) de emprender la fuga y a escasos metros del lugar del hecho. Puestos en consideración esos hechos, entiendo que en ningún momento el acusado se encontró en condiciones de disponer de la bicicleta objeto del ilícito, más allá de que la víctima haya perdido la posesión inmediata de esta hasta que Gonzalo Segura fuera aprehendido.

Es que, si sostenemos que estamos frente a un delito contra la propiedad, no puede afirmarse válidamente que el acusado se apropió definitivamente del rodado de Sergio Broner, en tanto el plan fracasó antes de que pudiera darse a la fuga.

En efecto, el hecho de que se haya detenido al acusado a metros del lugar del hecho, es demostrativo de que, hasta ese momento, el plan delictivo no había tenido éxito.

Como sostuve en el precedente citado supra, «el razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación.

En otras palabras, la legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito.

Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión».

En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio propuesto por la defensa en orden al grado de realización alcanzado por el delito referido, en tanto tentativa.

En definitiva, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que, **si bien el agravio relativo a la valoración de la prueba que verifica la participación de Gonzalo Segura en el hecho debe ser desestimado, el segundo agravio debe ser acogido y, en consecuencia, el hecho debe ser calificado como robo agravado por el uso de arma de fuego de utilería agravado por la participación de un menor en grado de tentativa.**

Por lo dicho, la primera cuestión debe contestarse negativamente respecto del cuestionamiento del valor de la prueba de cargo y afirmativamente respecto del grado de realización del delito. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gonzalo Isaías Segura Muñoz y convalidar la sentencia condenatoria N° 6835 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

23- FERNANDEZ ROSALES. 30-08-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														495
-	B	FS	AFA	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=560>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2°supuesto, 42, 54, 167 inc. 2, 104, 1° párrafo, 55, 79, 41 bis y 80 incs. 7° y 8° del CP. Art. 495 incisos 1 y 4 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Tentativa. Poblado y banda. Abuso de arma. Homicidio agravado por ser cometido contra un Miembro de las Fuerzas de Seguridad. Homicidio criminis causa. Tentativa. Juicio Abreviado. JAI cuestionado. Recurso de revisión. Coimputados.

Summa:

El **TPC** condenó, en procedimiento de juicio abreviado, al señalado Pablo Andrés Bustos Borda a la pena de **diez años de prisión**, con costas, como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con abuso de armas, en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio criminis causa en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2°, segundo supuesto, 42, 54, 167 inc. 2°, 104 primer párrafo, 55, 79, 41 bis, 80 inc. 7° y 8° del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de revisión fundado en el art. 495 incisos 1 y 4 del CPP, basado en la diferente calificación legal que a los mismos hechos investigados en la causa N° P-17.236/16 asignaron las sentencias N° 83 y 254 del Segundo Tribunal Penal Colegiado. Finalmente, la defensa efectúa reserva del caso federal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado puesto que la petición no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 495 del CPP.

La **SCJM** rechazó el recurso de revisión.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 83, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- García, Marcelo.
- Cecchi Alonso.
- Centorbi, Luis.
- Agüero Alexis.
- Nieves Ricardo.
- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf

Precedentes relacionados.

a-SCJM. JAI cuestionado

- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FclGA.pdf
- Quevedo Astudillo. 15-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>
- Céspedes. 19-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Fernández Rosales. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcFernandez.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguéz. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Parágrafos destacados.

Del voto preopinante: “En el caso que nos ocupa los hechos son los mismos, a los que el Ministerio Público Fiscal asignó diferente sentido jurídico en cuanto a la intervención de unos y otros imputados. Que en el relato de los hechos haya variado un elemento –la intención de matar por los disparos realizados– no es relevante a los efectos que pretende la defensa, puesto que la formulación de la acusación constituye una facultad del Ministerio Público Fiscal (art. 358 del CPP)”

Del voto preopinante: “De tal manera, si Bustos Borda solicitó que la causa tramitara a través del procedimiento abreviado, si reconoció el hecho que se le atribuyó, a partir de allí se le aplicó la condena que acordó con el Ministerio Público Fiscal, no resulta admisible su pretensión de revisión a partir del hecho de que en una etapa posterior, con relación a sus consortes de causa, ese ánimo homicida no se consideró acreditado. En este sentido, debe destacarse que el juicio abreviado constituye una instancia de reparación del vínculo cívico dañado, donde cada acusado puede aceptar su responsabilidad en el hecho delictivo. En la medida en que cada uno de los intervinientes conoce su concreto grado de participación en el suceso, su reconocimiento respecto a sus aportes en los hechos no necesariamente debe ser el mismo”

SCJM. Dres.: **Day**, Llorente. Gómez.

(A.Y)

Fallo:

CUIJ: 13-05457498-8/1((018602-17236)) FC/ FERNANDEZ ROSALES CARLOS, LIRA HERNANDEZ FERNANDO, ZULETA SOSA DARIO, BUSTOS BORDA PABLO P/ ROBO AGRAVADO (17236) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *105634902*

En Mendoza, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05457498-8/1 caratulada "F. c/ FERNÁNDEZ ROSALES, CARLOS ALBERTO; LIRA HERNÁNDEZ, FERNANDO ALFONSO; ZULETA SOSA, DARÍO EMILIANO; BUSTOS BORDA, PABLO ANDRÉS P/ ROBO AGRAVADO... S/ REVISIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primera, DRA. M. TERESA DAY, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero DR. JULIO R. GÓMEZ.

La defensa técnica de Pablo Andrés Bustos Borda formula recurso de revisión (fs. 1760/1776 vta.) contra la sentencia condenatoria N° 83 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión, con costas, como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con abuso de armas, en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio criminis causa en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2°, segundo supuesto, 42, 54, 167 inc. 2°, 104 primer párrafo, 55, 79, 41 bis, 80 inc. 7° y 8° del Código Penal), en los presentes autos N° 17.236/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La decisión impugnada, pronunciada el 06 de agosto de 2018, condenó a Pablo Andrés Bustos Borda por el delito antes señalado en el marco del juicio abreviado solicitado por las partes. La resolución, además de considerar procedente el **procedimiento abreviado**, valoró la prueba obrante en la causa, así como el reconocimiento por parte de Bustos Borda de la acusación atribuida. A partir de ello tuvo por acreditada la materialidad de los hechos y la autoría y responsabilidad de aquél. Por tal motivo, homologó la calificación asignada a los mismos por las partes, así como la pena solicitada.

2.- El recurso de revisión interpuesto por la defensa de Pablo Andrés Bustos Borda

La defensa de Pablo Andrés Bustos Borda plantea recurso de revisión fundado en el art. 495 incisos 1 y 4 del CPP, basado en la diferente calificación legal que a los mismos hechos investigados en la causa N° P17.236/16 asignaron las sentencias N° 83 y 254 del Segundo Tribunal Penal Colegiado. Explica que a

Bustos Borda se lo condenó en un juicio abreviado a la pena de diez años de prisión, por encontrarlo penalmente responsable de un delito calificado luego por el mismo Tribunal –con diferente integración– de manera más favorable en relación a Carlos Fernández Rosales y Fernando Lira Hernández, a quienes se condenó a cinco años y seis meses de prisión. En ese segundo juicio, refiere, el Ministerio Público Fiscal mutó parte de los hechos y con ello varió la calificación legal.

Así, solicita que se aplique un criterio amplio de revisión e invoca precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y esta Suprema Corte de Justicia. Se queja de que el Ministerio Público Fiscal suprimió, en relación con Fernández Rosales y Lira Hernández, una parte grave del hecho que se atribuyó a Bustos Borda, específicamente aquella según la cual se «[...] efectuaron disparos contra los policías a escasos metros de distancia, con la intención de matarlos» (fs. 1773).

A partir de esa modificación, refiere que el Ministerio Público Fiscal suprimió la tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de las fuerzas de seguridad, en concurso ideal con tentativa de homicidio criminis causa. Así, a juicio de la defensa de Bustos Borda, se presenta la incongruencia de que al primero se lo condenó por un hecho más grave que al resto en base a una mutación de la plataforma fáctica por parte del Ministerio Público Fiscal.

Agrega que la sentencia más favorable de Fernández Rosales y Lira Hernández es inconciliable con la de su defendido, puesto que son hechos contradictorios (fs. 1773 vta./1774). Se trata de dos plataformas fácticas, una de las cuales es muy grave y la otra es notoriamente menos compleja, pues se descartó que los disparos fueran efectuados contra los policías con la intención de matarlos.

Tratándose de un mismo evento delictivo, con las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar y los mismos acusados, los hechos que quedaron fijados en las dos sentencias son inconciliables. Esta situación, a juicio de la defensa, es encuadrable en el art. 495 inc. 1 del CPP, que autoriza la revisión cuando los hechos establecidos en dos sentencias penales irrevocables fueran incompatibles. Pero, además, la defensa invoca el inc. 4 de esa norma, que prevé la situación en la cual luego de la condena sobrevienen nuevos hechos o elementos de prueba que hacen evidente que el hecho encuadra en una norma penal más favorable.

Explica que la circunstancia de que Bustos Borda haya reconocido los hechos tal como se los acusaron no afecta la aplicabilidad de esta última norma, especialmente porque no está probado quién efectuó los disparos que luego serían calificados contradictoriamente como tentativa de homicidio y abuso de armas.

El relato de los hechos, afirma, siempre señala a un «sujeto» como el autor de los disparos, sin identificarlo. De modo que el hecho atribuido a Bustos Borda debería tener la misma calificación que el asignado a Fernández Rosales y Lira Hernández.

La sentencia de estos últimos es una circunstancia que demuestra que el hecho encuadra en una norma penal más favorable. Finalmente, la defensa efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el Procurador General considera que el mismo debe ser rechazado, puesto que la petición no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 495 del CPP.

Explica que la defensa no demuestra que los hechos sean inconciliables y que resulta claro que la plataforma fáctica es la misma desde el comienzo de la causa. Además, se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en el ordenamiento procesal local para el juicio abreviado. Destaca que ese procedimiento fue elegido por el acusado con respeto de las formalidades exigidas por la ley para garantizar el amplio conocimiento y la libre voluntad del enjuiciado, quien contó con la asistencia de un defensor.

En punto a la pretendida contradicción de los hechos afirma que sólo existen sentencias inconciliables si alguno de los hechos sobre los que se basa como condición sine qua non una sentencia es esencialmente contradicho por alguno de los hechos fijados en la otra sentencia, es decir, si las sentencias en cuestión son de imposible coexistencia en punto a la reconstrucción de los hechos. Por tal motivo, a juicio del Procurador General la presentación no satisface los requisitos de interposición y admisibilidad del Código Procesal Penal, por lo que debe ser rechazada formalmente.

4.- La solución del caso

Voto. Dra. Teresa Day. Preopinante

Puesta a resolver la cuestión en tratamiento, se adelanta que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de revisión formulado por la defensa. De manera preliminar se estima oportuno referir las principales circunstancias y el devenir procesal de la presente causa.

Así, debe tenerse presente, tal como se adelantó, que en la sentencia N° 83 pronunciada el 06/08/2018 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial se condenó a Pablo Andrés Bustos Borda –o «Bora», según la sentencia– a la pena de diez años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de tentativa de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, en concurso ideal con tentativa de robo agravado por ser cometido en poblado y banda; en concurso real con tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de las fuerzas de seguridad, en concurso ideal con tentativa de homicidio criminis causa (conf. arts. 166 inc. 2°, segundo supuesto, 42, 54, 167 inc. 2°, 104 primer párrafo, 55, 79, 41 bis, 80 incs. 7° y 8° del Código Penal). Aquella decisión fue derivación de un **juicio abreviado** solicitado por la defensa y la acusación.

En este sentido Bustos Borda aceptó los hechos tal como fueron acusados, a saber: «Que para fecha 20 de febrero de dos mil dieciséis, siendo aproximadamente las cuatro quince, Darío Emiliano Zuleta Sosa (a) “Huevo”, Pablo Andrés Bustos Borda (a) “Gordo”, Carlos Fernández (a) “Loquillo”, Fernando Lira (a) “Fer” y/o Fernando Lira (sic) y otros autores a la fecha no identificados; se constituyeron en el lado este del Shopping Center Barraca Mall, calle Las Cañas N° 1833, Dorrego, Guaymallén, en tres vehículos: una camioneta Toyota Hilux dominio GFO-700, una camioneta Ford Ranger color bordeaux, y un Ford Ka, de color negro. Ubicaron la camioneta Toyota Hilux en la calle interna lateral este del centro comercial y la Ford Ranger sobre la calle Las Cañas, en dirección sur. Con una frazada, rompieron el vidrio blindex detrás del cajero automático del Banco ICBC, al costado derecho de la puerta de ingreso al Shopping.

Acto seguido, un integrante de la banda ingresó al centro comercial y se encontró con el personal de limpieza David Aguaysol, quien al verlos escapó y escasos instantes después se asomó para ver si seguían en el lugar y el mismo sujeto le disparó con su arma de fuego. Paralelamente enlazaron el cajero automático con un cable y sujetándolo a la camioneta Hilux lo quitaron de su lugar con el objeto de sustraer el dinero que se encontraba en el interior de la máquina.

Al mismo tiempo fuera del Shopping Center, otros integrantes de la banda dispararon contra los vigiladores Víctor Serrano y Marcelo Zalazar, quienes se encontraban en la calle interna del Mall perpendicular a Las Cañas. En ese momento, circulaba por Las Cañas en dirección Sur a Norte, el vehículo Volkswagen Suran, dominio GCU-241, por lo que uno de los autores, aproximándose a la calle le disparó con un arma de fuego al conductor, Ezequiel Bottani, alojándose el proyectil en el parante del marco de la puerta trasera izquierda del vehículo. Que ante el sonido de las detonaciones de arma de fuego, Ivana Douglas y Ricardo Frías personal policial que cumplía servicio extraordinario en el Barrio Privado El Molino, sito en calle Las Cañas 1950 de Dorrego, intentaron aproximarse al centro comercial, hicieron unos pocos metros desde la garita de seguridad del Barrio Priado, hasta la calle Las Cañas y observaron una camioneta Hilux sobre la calle interna de Barraca Mall y escucharon unas detonaciones de arma de fuego.

En ese instante, por Las Cañas, de Sur a Norte irrumpió el vehículo Ford Ka negro a gran velocidad y desde el interior del rodado efectuaron disparos contra los policías a escasos metros de distancia con la intención de matarlos, no logrando su objetivo, alojándose uno de los proyectiles en la garita de seguridad del Barrio El Molino, ante ese panorama la banda delictiva huyó. La camioneta Hilux hacia el sur y el Ford Ka continuó su marcha hacia el norte por Las Cañas» (fs. 1242 y vta.).

Por otra parte, en la sentencia N° 254 pronunciada el 06/11/2018 por el mismo tribunal –con diferente integración– se condenó a Carlos Alberto Fernández Rosales y a Fernando Alfonso Lira Hernández a la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de «[...] robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa, en concurso real con abuso de armas (4 hechos), todos en concurso real» (fs. 1384 y vta.). En esta oportunidad los hechos acusados por el Ministerio Público Fiscal no variaron: el relato es el mismo que respecto de Bustos Borda, pero no incluye la frase «con la intención de matarlos» en relación con los disparos efectuados por miembros de la banda contra los policías Ivana Douglas y Ricardo Frías. Al respecto, el tribunal señaló que «[...] debe destacarse que la Sra. Fiscal Jefe Dra. Daniela Chaler, ha mutado parte de los hechos atribuidos a los justiciables y con ello la calificación legal en la que había sido encuadrada la conducta atribuida a los justiciables, de manera tal que consideró que la actividad ilícita desplegada por CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ ROSALES y FERNANDO ALFONSO LIRA HERNÁNDEZ debe ser calificada como ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA, EN GRADO DE TENTATIVA, EN CONCURSO REAL CON ABUSO DE ARMAS (4 HECHOS), TODOS EN CONCURSO REAL previsto y reprimido por los Arts. 45, 166 inc. 2°, segundo supuesto, 54, 167 inc. 2°, 42, 55, 104 primer párrafo, 55 del Código Penal». A ello agregó que «[s]i bien coincido con la Sra. Fiscal Jefe en la necesidad de mutar la plataforma fáctica en la parte pertinente, debo decir que aún cuando no comparta en todos sus tramos la nueva calificación legal propuesta, y teniendo en cuenta que la discrepancia que pudiera existir obedece a una cuestión de criterio jurídico que en nada modificaría la escala penal conformada y con ello la pena pactada, debe prevalecer el acuerdo al que arribó la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal con los asistentes letrados y sus asistidos. [...] Fue sobre esa hipótesis fáctica y la nueva calificación legal, que los justiciables admitieron su responsabilidad en el hecho intimado.

Por tal razón, teniendo especialmente en cuenta la instancia por la que atraviesa el proceso y conforme los términos, alcance y el grado de conocimiento que la modalidad de juicio prevista por el art. 418 y conc. del C.P.P. permite, debe respetarse el acuerdo al que arribaron las partes y, en el caso, el Tribunal proceder a su homologación» (fs. 1388 y vta., el destacado me pertenece). En tercer lugar, resulta

relevante para esta decisión la sentencia N° 441 pronunciada el 09/03/2019 por el mismo tribunal en debate oral –juicio común, con diferente integración– en la que se condenó a Darío Emiliano Zuleta Sosa a la pena de diez años de prisión por hechos investigados en cuatro causas. En esta causa P-17.326/16 por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal, con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa; en la causa P-126.175/15 por el delito de daño (art. 183 del CP); en la causa P-133.272/15 por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda; y en la causa P1.917/16 por el delito de abuso de armas (art. 104 del CP), todos ellos en concurso real (v. fs. 1512 y vta.). En relación a la causa P-17.326/16, el hecho acusado por el Ministerio Público Fiscal es el mismo que motivó las condenas en relación a Bustos Borda, Fernández Rosales y Lira Hernández, manteniendo respecto de Zuleta Sosa el dolo homicida que había sido excluido del relato del hecho respecto de Fernández Rosales y Lira Hernández (v. fs. 1523 vta., donde se lee «con la intención de matarlos» respecto de los policías Douglas y Frías).

De tal manera, el Ministerio Público Fiscal mantuvo la misma acusación en los casos de Zuleta Sosa y Bustos Borda. Conforme a la reseña realizada se advierte que el tribunal de sentencia consideró procedente la solicitud de juicio abreviado de Bustos Borda, Fernández Rosales y Lira Hernández, valoró la prueba aportada, así como los reconocimientos de los acusados y a partir de ello tuvo por acreditada la materialidad de los hechos y la autoría y responsabilidad de los acusados. Por tal motivo, homologó la calificación asignada a los mismos por las partes, así como la pena solicitada. En el caso de Zuleta Sosa, en tanto no solicitó el criterio de oportunidad del juicio abreviado, se realizó el juicio de debate donde la acusación se mantuvo idéntica a la referida a Bustos Borda. Ahora bien, en cuanto a la procedencia del recurso promovido, no puede desconocerse que la revisión se encuentra prevista en nuestro ordenamiento procesal para impugnar sentencias firmes. Por ello esta Suprema Corte de Justicia ha sostenido en numerosas oportunidades que **el recurso de revisión constituye una vía recursiva de excepción, reservada a los supuestos especiales que taxativamente son enumerados en la normativa procesal y sólo procedente cuando se constaten de forma directa los motivos** que lo justifican.

Esto es así puesto que el **recurso de revisión constituye un ataque a la estabilidad de la cosa juzgada**, de manera tal que debe ser considerado un recurso de interpretación restrictiva (conf. «García, Marcelo», «Cecchi Alonso», «Centorbi, Luis», «Agüero, Alexis», «Nievas, Ricardo», «Barros Soto», entre otros). El examen de la revisión, en definitiva, supone que tanto la sentencia atacada como los hechos fijados en ella gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ceder sólo si se constatan los supuestos previstos por el art. 495 del CPP. La defensa afirma que las mismas circunstancias por las que se condenó a Fernández Rosales han sido evaluadas en un proceso posterior, en el que se los encuadró jurídicamente en una norma penal más favorable, por lo que los hechos establecidos en ambas sentencias serían inconciliables. Por su parte, el Procurador General, al momento de dictaminar, argumenta que los hechos son los mismos, y que ambas sentencias son producto de acuerdos entre la acusación y la defensa que fueron consentidos. A continuación, se explicará por qué no asiste razón a la defensa de Bustos Borda. El recurso promovido se sustenta en los incs. 1 y 4 del art. 495 del CPP, el primero por cuanto habilita la revisión «[s]i los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable», y el segundo porque lo hace «[c]uando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente [...] que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable». En relación con

la pretendida procedencia del inc. 1 del art. 495 del CPP debe decirse que la norma requiere que los hechos fijados en una y otra sentencia sean «inconciliables», lo que no ocurre en autos. En el caso que nos ocupa los hechos son los mismos, a los que el Ministerio Público Fiscal asignó diferente sentido jurídico en cuanto a la intervención de unos y otros imputados. Que en el relato de los hechos haya variado un elemento –la intención de matar por los disparos realizados– no es relevante a los efectos que pretende la defensa, puesto que la formulación de la acusación constituye una facultad del Ministerio Público Fiscal (art. 358 del CPP). Además, debe tenerse presente que el ahora recurrente, Bustos Borda, junto con su defensa y el representante del Ministerio Público Fiscal, oportunamente solicitaron que la causa tramitara mediante el procedimiento abreviado. Ello implicó el reconocimiento de su responsabilidad respecto de la acusación que se le atribuía –en sus aspectos fácticos y jurídicos–, así como la aceptación de la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Esto resulta de suma relevancia en razón de que en la acusación del Ministerio Público Fiscal resultaba claro que en el comportamiento de Bustos Borda, como en el de Zuleta Sosa, se verificaba un dolo homicida que no se configuraba respecto de Lira Hernández y Fernández Rosales. Dicho en otras palabras: la acusación siempre ha sido la misma, y ello surge claro en el primer juicio realizado a Bustos Borda y en el último efectuado a Zuleta Sosa, sólo que en relación con el comportamiento de Lira Hernández y Fernández Rosales el Ministerio Público Fiscal no consideró acreditado el dolo homicida. De tal manera, si Bustos Borda solicitó que la causa tramitara a través del procedimiento abreviado, si reconoció el hecho que se le atribuyó, a partir de allí se le aplicó la condena que acordó con el Ministerio Público Fiscal, no resulta admisible su pretensión de revisión a partir del hecho de que en una etapa posterior, con relación a sus consortes de causa, ese ánimo homicida no se consideró acreditado. En este sentido, debe destacarse que el juicio abreviado constituye una instancia de reparación del vínculo cívico dañado, donde cada acusado puede aceptar su responsabilidad en el hecho delictivo. En la medida en que cada uno de los intervinientes conoce su concreto grado de participación en el suceso, su reconocimiento respecto a sus aportes en los hechos no necesariamente debe ser el mismo. Precisamente por ello, el procedimiento abreviado es una instancia voluntaria para los acusados donde, si no es solicitada, el asunto eventualmente deberá ser ventilado en la instancia de juicio oral y público. Esto último fue lo que ocurrió respecto del coimputado Zuleta Sosa. Por tal motivo las razones que llevan a una persona acusada de la comisión de un delito a solicitar, junto a su defensa y al representante del Ministerio Público Fiscal, que la causa tramite a través del procedimiento abreviado, con el reconocimiento de responsabilidad por la acusación atribuida que ello implica, se corresponden con un ámbito de intimidad y responde a sus propios intereses. En ese ámbito de intimidad el ahora recurrente admitió su intencionalidad frustrada, no necesariamente compartida por sus consortes. En relación con ello resulta apropiado traer a colación lo sostenido por el ministro Dr. José V. Valerio en los autos «Prieto, Franco», donde en punto al instituto del juicio abreviado señaló que «[r]esulta evidente que si [un] coacusado [...] admite el hecho y acuerda la pena con el representante del Ministerio Público Fiscal, opta por ejercer su derecho del modo que, a su entender, mejor lo beneficia en la situación en la que se encuentra. Por ello, solicita el juicio abreviado, definiendo su situación jurídica. Esto le permite ingresar inmediatamente en el régimen de ejecución de la pena y evita la pena del “banquillo”. Ahora bien, si por su parte [otro] co-acusado [...], en la misma oportunidad, prefiere resistir la acusación y que se realice el debate/juicio con relación a él dada su situación, también tiene derecho a decidirlo de acuerdo a cómo entiende le convenga mejor a sus intereses. Entonces, el ejercicio de los derechos de cada acusado, de la manera que lo entendieron más conveniente y oportuno, según sus estrategias e interés, ha sido posible porque actualmente está regulado el instituto con la amplitud que los habilita».

Además, no puede desconocerse que la sentencia que ahora cuestiona Bustos Borda valoró, para tener por acreditadas las circunstancias fácticas de la acusación, y más allá del reconocimiento de responsabilidad del entonces acusado, los diversos elementos de prueba que obraban en la causa. Entre ellos: las denuncias de fs. 1/2 y 23/24 ratificadas por Ezequiel Fabián Bottani Dieguez y su hermano Mauricio Bottani; los testimonios de Mauricio Nahuel Bottani, Germán Eduardo Save Battel, David Daniel Aguaysol Martínez, Víctor Manuel Serrano Pizarro e Ivana Beatriz Douglas Ochoa; los informes de fs. 125/128, 129/131, 149/162 y 168/173; las actas de procedimiento e inspección ocular de fs. 03/04 y 18/19; el informe N° 402/16 de Delitos Tecnológicos; las escuchas telefónicas practicadas en autos N° P-5.026/16; y las copias de fs. 93/97. En particular en relación a la intervención de Bustos Borda, se valoró también las notas de fs. 257, 259 vta., 288 y 332/337, y los informes de fs. 184/186, 448 y 682 (v. constancias de fs. 1292/1294). De acuerdo con lo expuesto el agravio no puede ser acogido y sustenta el rechazo de la vía intentada por cuanto no se advierte hechos contradictorios en las diversas sentencias invocadas por el presentante. Por el contrario, se trata de los mismos hechos donde se han tenido por acreditados diversos aportes personales realizados por parte de cada uno de los sujetos intervinientes, y por ello se han asignado diferentes calificaciones jurídicas y sanciones. De tal modo, no nos encontramos frente a circunstancias inconciliables, sino compatibles entre sí. Además, no puede obviarse, tal como se señaló, que el propio presentante reconoció, en el marco del procedimiento abreviado que solicitó, que obró con dolo homicida. Lo mismo ocurre respecto del inc. 4 del art. 495 del CPP. La norma en cuestión requiere que «sobrevengan nuevos hechos y elementos de prueba que [...] hagan evidente que [...] el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable». En el caso de autos la defensa no ha alegado lo uno ni lo otro: no han ocurrido hechos ni han sobrevenido pruebas que hagan evidente que el hecho fue mal calificado. La segunda sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado, si bien constituye un hecho jurídico –un «hecho procesal»– no es un «hecho» en los términos de la norma, que alude a sucesos fácticos que hagan evidente que la calificación del caso debe ser diferente. Para el caso de sentencias, se encuentra previsto el inciso 1 del art. 495 del CPP, cuya procedencia en el caso ha sido descartada. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Llorente y Gómez. Adherentes

Sobre la misma cuestión, los Dres. PEDRO J. LLORENTE y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. PEDRO J. LLORENTE y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. M. TERESA DAY DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los Dres. PEDRO J. LLORENTE y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de revisión planteado por la defensa de Pablo Andrés Bustos Borda (conf. art. 495 del CPP).

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DRA. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

24- ORTUBIA VILLEGAS. 02-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	ANA	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=510>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada.

Absolución. Reconocimiento en rueda positivo. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** absolvió a Malcon Exequiel Ortiz Guzmán y a Carlos Daniel Ortubia Villegas como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada.

El **Fiscal** interpone recurso de casación. El representante del Ministerio Público sostiene que la sentencia tiene una fundamentación aparente por lo tanto resulta arbitraria, absurda y errónea. Asimismo, critica la valoración probatoria de la rueda de reconocimiento y declaración de una testigo.

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 480, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- LS. 186-427
- L.S. 153-011
- L. S. 354-218
- L. S. 392-94
- L. S. 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (disidencia). Adaro (disidencia).

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-04789666-9/1((018602-45)) FC/ ORTUBIA VILLEGAS CARLOS D. Y OT. P/ ROBO AGRAVADO (0045) (61038) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104868904*

En Mendoza, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04789666-9/1, caratulada "F. C/ ORTUBIA VILLEGAS, CARLOS DANIEL Y ORTIZ GUZMAN, MALCON EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal del Valle de Uco y Menores de la Cuarta Circunscripción Judicial y Fiscal ante los Tribunales Colegiados interpone recurso de casación (fs. 480/486) contra la sentencia N° 480 (fs. 464 y vta.) y sus fundamentos (fs. 471/478), mediante la cual se absolvió a Malcon Exequiel Ortiz Guzmán y a Carlos Daniel Ortubia Villegas como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2 tercer párrafo del CP) en legajo N° 45.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió por el beneficio de la duda a Malcon Exequiel Ortiz Guzmán y a Carlos Daniel Ortubia Villegas por su intervención, como coautores, en el hecho que fuera calificado como robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada.

Al respecto debe señalarse que la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio sostuvo que: «[s]urge acreditado en autos que el día 26 de abril de 2017, siendo las 20:30 horas aproximadamente, en momentos que Ramón Alberto Rosso Galeano -quien es cobrador- se encontraba con una cliente -la Sra. Verónica Edith Barrera Romero- en calle Pública, lote N° 2 del Loteo Medina de Tunuyán, luego que ésta última se retira, es que Ramón Alberto Rosso en circunstancia que se iba a subir a su moto, fue interceptado por los hoy imputados Carlos Daniel Ortubia Villegas y Malcon Exequiel Ortiz Guzmán (los que fueron descriptos por Ramón Rosso como uno "era delgado tez morena, mide 1,85, pelo corto, vestía un buzo Adidas color negro, pantalón negro y el otro mide 1,80, delgado, blanco, tiene barba y chivita, vestía buzo oscuro con capucha azul, bermudas de jeans corta), siendo apuntado con un arma de fuego apta para el disparo, tipo revólver con tambor por el hoy encausado Carlos Daniel Ortubia Villegas, y ambos (Ortubia y Ortiz) le pedían por sus pertenencias, mientras Ortubia lo apuntaba a la altura del pecho y hasta los pies, por lo que la víctima le hizo entrega a Malcon Exequiel Ortiz Guzmán de una riñonera negra de poliéster sin inscripción, la cual contenía en su interior su billetera con documentos, DNI de la víctima, licencia de conducir de la víctima, documentación de rodado (moto), dos mil quinientos pesos en efectivo y las tarjetas de cobranzas, como así también su teléfono celular, siendo éste un

Samsung Galaxy J3 de la Empresa Claro, abonado 02622-15577858. La clienta, Verónica Edith Barrera Romero vio esta situación, les grita y los encausados se dan a la fuga con dirección hacia Finca Medina». Para llegar a la solución absolutoria el tribunal a quo sostuvo que, en razón de la incomparecencia de la víctima a la audiencia de debate y las fisuras del testimonio de la única testigo de cargo, Verónica Barrera, así como de la ponderación del resto del plexo probatorio, no era posible alcanzar el grado de certeza necesario requerido para condenar a los acusados, Ortubia y Ortiz, como autores del hecho investigado.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Estima que la resolución recurrida contiene una fundamentación aparente y por ello, resulta arbitraria, absurda y errónea.

Sostiene que se le restó valor probatorio al reconocimiento en rueda de personas efectuado por la víctima, en tanto la sentenciante consideró que la percepción de la víctima se encontraba viciada, basándose, según su entender, en suposiciones o conjeturas arbitrarias. Al respecto, el representante del Ministerio Público Fiscal manifiesta que el mencionado reconocimiento se realizó en legal forma, siendo además preciso, directo y determinante. Asimismo, sostiene que la jueza de la instancia anterior valoró negativamente, por un lado, que la víctima no recordara más características fisonómicas de los acusados al confeccionar el identikit y, por otro lado, que el complejo fotográfico arrojará resultado negativo.

Argumenta que, antes de descartar esos indicios o utilizarlos para menoscabar el valor probatorio del reconocimiento en rueda de personas, la sentenciante debió considerar que, aunque los estímulos sensoriales pueden ser los mismos para todas las personas, cada una de ellas percibirá cosas distintas.

En efecto, señala que habría que preguntarse si la víctima tiene mayor poder retentivo para expresar a un tercero las características físicas, o al ver una foto (solo el rostro), o al observarlos en persona a través de la rueda de reconocimiento de personas.

Considera que la falta de descripción o características fisonómicas no puede ser un disvalor, atento a que, según su entender, cada persona tiene un mayor o menor poder de exteriorizar los detalles o descripciones y no por ello los datos deben ser descartados.

Por último, considera que la a quo efectuó una interpretación parcializada de la prueba, en tanto descartó la primer declaración de la testigo Barrera en la que sindicó a los acusados, siendo ésta la que brinda mayores certeza de la realidad de los hechos. Por el contrario, señaló que la sentenciante tuvo en cuenta la declaración en la que Barrera descartó a los acusados como autores del hecho. Argumenta que la sentenciante no consideró que Barrera seguía viviendo cerca de los acusados, por lo que según su entender, los cambios en sus declaraciones se debieron a las posibles represalias. Por lo expuesto, solicita que la Suprema Corte de Justicia case la sentencia y, en consecuencia, disponga la condena de los acusados, a la pena solicitada durante el debate oral, o, en su defecto, ordene la remisión de la causa a un nuevo juicio. Hace reserva del caso federal

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General

El Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia N° 480 y sus fundamentos, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, actuando en forma Unipersonal, de la Primera Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde hacerle lugar.

Luego del análisis del recurso, como de la resolución atacada, arribo a la conclusión de que la motivación de la sentencia se encuentra viciada, en tanto se ha efectuado una errónea valoración de la prueba incorporada, concretamente, del reconocimiento en rueda de persona, de la declaración testimonial de Verónica Barrera prestada en sede policial y del secuestro del teléfono celular marca Samsung modelo J3 de color blanco en el domicilio de Ortubia.

Ello por cuanto se advierte una apreciación aislada de los elementos de prueba obrantes en la causa y que acreditarían los aspectos fácticos de la imputación, lo que contraviene las disposiciones de los arts. 206 y 409 del CPP, que establecen que la prueba siempre debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional y dentro del contexto.

En primer lugar, surge de los fundamentos del fallo atacado que la jueza de sentencia no valoró adecuadamente el reconocimiento en rueda de persona realizado por la víctima.

Ello en tanto, esta última reconoció a Carlos Ortubia y a Malcon Ortiz como los autores del hecho, sin que sea determinante ni esencial para su valoración la circunstancia que la víctima no haya conformado el identikit, por no recordar las características fisonómicas de los autores, y que la exhibición del complejo fotográfico arrojará resultado negativo, tal como hizo referencia la sentenciante.

Debe mencionarse, además, que el reconocimiento fue realizado en legal forma, con la presencia de la defensa, y munidos de todas las formalidades requeridas para la realización de tal acto, lo que evidencia que no existió ninguna irregularidad que afectara su validez.

Asimismo, estimo que la sentenciante no explica fundadamente por qué razón la víctima reconoció a los acusados como autores del hecho investigado, siendo que consta en el acta de rueda de reconocimiento de personas que Rosso manifestó que eran personas que nunca había visto, ni que volvió a ver.

Así, ante la pregunta acerca de si en la audiencia de prisión preventiva vio a los acusados en algún momento, contestó que no, que los tuvieron aislados porque pidió no tener contacto con ellos.

Es de resaltar que la sentenciante consideró, erróneamente a mi criterio, que Rosso vio a los acusados después del hecho, motivo por el cual el reconocimiento en rueda de personas dio resultado positivo.

Así, surge de los fundamentos que la a quo para disminuir el peso probatorio del resultado positivo del **reconocimiento en rueda de persona** manifestó que «[c]onforme el testimonio de Barrera, Rosso concurría diariamente a cobrarle un préstamo; que Ortubia vive casa por medio del negocio de Barrera al que también asistía y que ha declarado que lo había visto; si a ello sumamos que se le exhibió complejo fotográfico con anterioridad a la rueda de reconocimiento; las fotografías de la sede judicial de la UFI del Valle de Uco de las que únicamente voy a considerar sus evidentes estrechas dimensiones con alta probabilidad de haber advertido la presencia de los imputados en ocasión de comparecer o cuando fueron llevados detenidos; la negativa a conformar identikit aduciendo no recordar sus fisonomías, y la imposibilidad de poder interrogar sobre estos aspectos durante el debate» (fs. 476).

Ello me lleva a concluir que la sentenciante no señala debidamente los motivos que la llevaron a comprender que el reconocimiento positivo no debía tener valor de convicción de cargo, y que no valoró aquella declaración de la víctima en la audiencia de prisión preventiva, en tanto se advierte que Ramón Rosso, ni antes, ni después del hecho, volvió a ver a los acusados tal como lo afirmó la sentenciante.

En segundo lugar, también le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal al considerar que la a quo realizó una interpretación parcializada de la prueba, en tanto descartó la primera declaración de la testigo Verónica Barrera prestada en sede policial, en donde en forma categórica y precisa reconoció a los acusados como autores del hecho investigado, siendo además la que brinda mayores certeza de la realidad de los hechos al ser prestada inmediatamente después del acontecimiento ocurrido.

Asimismo es de resaltar, tal como argumenta el recurrente, que la sentenciante no consideró que la testigo continuaba viviendo cerca de los acusados –casa por medio de Ortubia y a dos cuadras de Ortiz–. Por ello, el cambio en sus declaraciones puede deberse al temor a posibles represalias, aunque durante la audiencia de debate manifestó no encontrarse amenazada por alguna persona. Ello no fue suficientemente considerado por la jueza de la instancia anterior.

Más si se considera que de acuerdo al relato de la víctima, la noche del hecho, el propio Ortubia y aproximadamente dos semanas después, los padres de Ortiz, se acercaron a verla y le afirmaron que los acusados no eran los autores.

Esto último podría evidenciar la existencia de presiones hacia la testigo que, como dije, no fueron debidamente valoradas.

Por último, es de resaltar que si bien la sentenciante le restó valor probatorio al secuestro, en el domicilio de Ortubia, del teléfono celular marca Samsung modelo J3 de color blanco, en tanto la víctima no describió el celular sustraído al momento de su entrega, se advierte que no tuvo en cuenta que, del acta de fs. 28 surge que, previo exhibirle el mencionado teléfono, Rosso lo reconoció como de su propiedad por lo que se le hizo entrega en carácter de depositario judicial.

En efecto, considero que el reconocimiento del celular por parte de la víctima es un elemento de cargo de importancia a los efectos de la autoría, circunstancia que no fue merituada por la sentenciante al momento de su valoración.

En definitiva, considero que este apartamiento por parte de la a quo de las reglas de la sana crítica racional, llevan a la anulación de la resolución cuestionada.

Por todo lo expuesto, y oído al Procurador General, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada, por lo que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, contrariamente a lo sostenido por mi colega preopinante y por los motivos que a continuación se exponen, que **no corresponde hacerle lugar**.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba la sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por la sentenciante, ya que el recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en la especie no ocurre. Surge del planteo casatorio que el eje central de la impugnación radica en afirmar que la participación de Malcon Exequiel Ortiz y de Carlos Daniel Ortubia se encuentran debidamente probadas, cuestionando a tal fin, la valoración probatoria realizada por la sentenciante en cuanto al reconocimiento en rueda de personas realizado por Ramón Rosso y la primer declaración de Verónica Barrera.

Del análisis del recurso interpuesto y de la sentencia atacada, estimo que, como adelanté, ésta última no adolece de los vicios que pretende el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ello en tanto, la sentencia absolutoria encuentra sustento en la totalidad de las pruebas rendidas – instrumental, declaraciones de la testigo y de los acusados– que la sentenciante valoró conforme las normas de la sana crítica racional. Es decir, detalló cada uno de los elementos de convicción y los cotejó unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada.

Al respecto, la a quo efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados.

En primer lugar, consideró, acertadamente a mi criterio, que si bien el secuestro de un teléfono celular marca Samsung J3 de color blanco en el domicilio de Ortubia pudo haber configurado un elemento de cargo, existieron falencias que le restaron valor probatorio respecto de la autoría de aquel.

Así, señaló que se le hizo entrega a la víctima del teléfono celular secuestrado sin previamente requerir que describiera el que le fue sustraído –al menos el color, en tanto en la denuncia sólo se consignó la marca y el modelo–, y la factura de adquisición del mismo, como así tampoco se le exhibió el celular junto a otros elementos similares.

También es de resaltar que **la víctima no compareció a la audiencia de debate**, lo que imposibilitó que diera precisiones respecto del teléfono celular sustraído y que presentara el que le fue entregado en carácter de depositario judicial.

En segundo lugar, se advierte que la jueza trató correctamente, a mi entender, el tema vinculado a que si bien el resultado del reconocimiento en rueda de persona arrojó **resultado positivo** con respecto a los acusados, **existieron circunstancias que menoscabaron su peso probatorio**.

En este sentido, señaló que según el testimonio de Barrera, Rosso concurría diariamente a cobrarle un préstamo, que Ortubia vivía casa por medio del negocio de Barrera, al que también asistía y que Ortubia mencionó haber visto a Rosso pasar todos los días.

Asimismo, la jueza indicó que se le exhibió a Rosso **el complejo fotográfico** con anterioridad a la rueda de reconocimiento, por lo que existió alta probabilidad de haber advertido la presencia de los acusados.

También señaló que no se confeccionó el identikit por no recordar la víctima las características fisonómicas de los acusados y la imposibilidad de interrogar a Rosso sobre estos aspectos durante la audiencia de debate.

Entiendo que todo esto permite descartar que la a quo se haya basado en suposiciones o conjeturas arbitrarias para restarle valor probatorio al reconocimiento en rueda de personas, tal como señala el recurrente.

En tercer lugar, estimo que tampoco puede prosperar el cuestionamiento referido a que la sentenciante descartó la primera declaración de la testigo Barrera en la que sindicó a los acusados.

En efecto, surge de la resolución cuestionada y del soporte audiovisual correspondiente, que, durante la audiencia de debate, tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como la defensa interrogaron a Verónica Barrera sobre lo declarado en un primer momento, quien dio sus explicaciones al respecto. Asimismo, cabe señalar que la testigo Barrera ante la pregunta de la defensa sobre si eran los acusados las personas que vio en el momento del hecho, afirmó que no.

Por lo que no se advierte ningún vicio en el razonamiento de la sentenciante con relación al análisis probatorio del testimonio de Barrera durante la audiencia de debate.

Asimismo, que tampoco brindara una interpretación parcializada de la prueba, tal como afirma el recurrente.

Por último, la jueza de la instancia anterior señaló que los acusados desde el inicio de la causa sostuvieron su inocencia, aportando elementos de juicio respecto del lugar donde se encontraban al momento del

hecho y de las circunstancias en que fueron detenidos. Esto en tanto ambos se presentaron espontáneamente a pesar de tener antecedentes penales.

En efecto, estimo que acierta la sentenciante cuando refiere «[l]a existencia de **una duda insuperable que atañe a la autoría en los hechos aquí investigados** respecto de Ortubia y Ortiz, principalmente fundada en el testimonio de Barrera, quien en definitiva y ya en el debate aseveró que éstos no fueron los autores, la imposibilidad de contar con el testimonio de Rosso y por su parte las declaraciones de ambos imputados y el resto del plexo probatorio» (fs. 476 vta.).

En síntesis, tal como lo adelantara, estimo que no le asiste razón al recurrente en ninguna de sus alegaciones impugnativas, en tanto no observo en el fallo bajo análisis defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones a los principios de la lógica y la experiencia que lo tornen inmotivado o arbitrario en cuanto a la falta de certeza para acreditar la intervención de los acusados en la ejecución del hecho investigado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Examinada la presente causa adhiero al voto de mi colega de Sala que me precede en el análisis de la presente causa con relación a la solución que corresponde otorgar a los cuestionamientos propuestos por el recurrente. Por lo que no corresponde hacerle lugar.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

25- SOSA, ESTALLES. 08-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=561>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 164 del CP. art. 474 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Motivación de la sentencia. Calificación legal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años y seis meses** de prisión e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso arma.

La **defensa** interpone recurso de casación. Sostiene que la figura en la que se encuadra el hecho es robo simple en función de que no se ha podido constatar el elemento utilizado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1.294, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-05463776-9/1((018602-723303)) FC/ SOSA KEVIN CRISTIAN Y ESTALLES BRIAN DANIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105641620*

En Mendoza, a los ocho días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05463776-9/1 caratulada "F. C/ SOSA, KEVIN CRISTIAN Y ESTALLES, BRIAN DANIEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en la audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Brian Daniel Estalles interpuso recurso extraordinario de casación (fs. 497/504) contra la sentencia N° 1.294 (fs. 467 y vta.) y sus fundamentos (ver fs. 468/485), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por igual término y pago de costas, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del Código Penal) en el marco de los autos N° P-732.303/19.

Pronunciamiento emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto en relación con el monto de la pena impuesta?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal de citación a juicio, esto es, que «[e]l día 20 de julio de 2019, siendo las 18:00 horas aproximadamente y encontrándose Leonardo Gastón Pérez Cabrera caminando por calle Colón de Godoy Cruz hacia el sur, [...] al llegar a la intersección con la calle Leguizamón fue abordado por Kevin Cristian Sosa y Brian Daniel Estalles que se acercaron por la espalda apoyándole uno de ellos un elemento metálico punzante en la parte derecha de su cuello lesionándolo; exigiéndole [aquéllos a] éste [Leonardo Gastón Pérez Cabrera que] les entregara sus pertenencias.

Ante la resistencia por parte de la víctima, comenzó un forcejeo entre ambos y es cuando el otro individuo logró apoderarse de las pertenencias de Pérez, siendo éstas una mochila estilo militar de color verde seco liso conteniendo en su interior elementos personales y un teléfono celular marca LG modelo K8 color negro con pantalla totalmente trisada; para luego darse a la fuga por calle Leguizamón, subirse a un vehículo marca Chevrolet Astra color gris oscuro dominio GVB-869 y continuar en el rodado con dirección hacia el oeste. Siendo las 18:20 hs. aproximadamente, personal policial de la UEP Godoy Cruz, que había tomado conocimiento del hecho vía radial mediante el CEO, a bordo del móvil 2931, avistó el vehículo descrito en calle Chapadmalal e Illia de Godoy Cruz, por lo que procedieron a detener el mismo, logrando la aprehensión de los incusos y el secuestro del teléfono celular sustraído propiedad de la víctima; un cuchillo mango fino de color rojo con hoja serrucho de 20 cm de largo; un cuchillo con mango grueso de color azul, hoja lisa de color plateado de 25 cm de largo marca MARTINAZZO; un destornillador marca

PHILLIPS con mango de color azul con negro y un destornillador punta paleta con el mango de color amarillo» (ver fundamentos, fs. 473).

Para decidir de tal modo, el juez del tribunal a quo consideró que los acontecimientos que fueron objeto de la acusación fiscal resultaron demostrados, más allá de toda duda razonable, a partir de la prueba de cargo colectada y producida a lo largo del proceso penal.

En ese sentido, la pieza cuestionada posiciona el testimonio de la víctima como pieza probatoria dirimente en cuanto a la acreditación del hecho histórico y la autoría de los inculos, cuyos términos respalda periféricamente a través de los testimonios recogidos durante el debate de parte del personal policial que intervino en el procedimiento llevado a cabo –Aux. Cristian Adrián González Silva, Aux. Juan Diego Lechuga Pereyra, y el Aux. Juan José López Soto–.

Cuadro probatorio que se integra con los demás elementos de juicio debidamente incorporados, destacándose los siguientes: el acta de denuncia de fs. 1/2, las actas de procedimiento policial de fs. 5/6 y de fs. 11/13, el acta de secuestro de fs. 28/33, y el desgrabado del CEO de fs. 138/140. Sobre esa base, el sentenciante encuadró típicamente los hechos que consideró acreditados en el delito de robo agravado por el uso de arma, previsto y sancionado en el art. 166 inc. 2 del Código Penal.

En tal sentido, consideró que la prueba valorada acreditaba que los autores del hecho utilizaron un arma impropia o punzo-cortante para lograr el desapoderamiento de cosas muebles ajenas, colocándola sobre el cuello de su víctima.

El juez destacó que este aspecto modal del ilícito que era conocido por ambos acusados al momento de su ejecución.

2.- El recurso de casación

Los defensores del acusado formulan recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada a tenor de lo previsto en el art. 474 inc. 1 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Al fundar su pretensión casatoria, los recurrentes consideran erróneamente aplicadas las disposiciones contenidas en el art. 166 inc. 2 de la ley penal sustantiva, pues entienden que la adecuada era la prevista en el **art. 164** del mismo cuerpo legal.

Luego de reseñar los hechos probados, parte de la prueba valorada por el tribunal de juicio y ciertos pasajes de los fundamentos del fallo, sostienen que si bien el desapoderamiento de cosas muebles existió, no se ha podido constatar cuál fue el elemento que se utilizó para su consumación, ni tampoco si dicho elemento generó un riesgo real la vida o la integridad física de la víctima.

En ese sentido, refieren que los dichos de los testigos sobre la utilización de un cuchillo en el robo fueron descartados por la propia víctima al negar haber visualizado el elemento empleado.

A ello agregan la inexistencia de otros testigos que sostuvieran la hipótesis de la víctima sobre la utilización de un destornillador de punta plana para perpetrar el robo.

Advierten que la existencia de un arma propia o impropia en el hecho ha sido establecida en la sentencia mediante un razonamiento erróneo, porque no considera la presencia de una duda razonable respecto del elemento utilizado para cometer el robo.

Por esta razón entienden que la afirmación del tribunal sobre este extremo parte de una interpretación que resulta perjudicial para los intereses de los acusados que, además, desconoce la jurisprudencia local y nacional sobre los alcances de la figura delictiva bajo la cual resultó finalmente subsumida la conducta reprochada a su representado.

En este punto, afirman que si bien la utilización de un arma, sea propia o impropia, debe poner realmente en peligro la vida o integridad física de la víctima, este aspecto no ha sido demostrado en la resolución en crisis. Máxime si se tiene en cuenta que tampoco se ha comprobado que el elemento utilizado haya sido efectivamente un arma propia o impropia.

Expresan que aún cuando la víctima se basó en su percepción para afirmar que los responsables utilizaron un destornillador con punta plana, aquélla nada aporta a la causa para la calificación legal cuestionada, y genera más dudas que certezas.

Esto por cuanto en los inicios de la causa aseguró que lo habían «pinchado» y luego refirió que no vio el elemento usado, sino que tuvo la sensación de que se trató de un objeto metálico que le hacía presión.

Agregan que la interpretación de los hechos y de la prueba realizada por el sentenciante se aleja de los principios de la sana crítica racional pues, pese a existir una duda razonable no disipada por el representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la entidad que revestía el elemento utilizado en el robo, el tribunal de juicio resolvió en contra de los acusados.

Lo señalado lleva a los recurrentes a considerar que el tribunal ha «creado» un arma que nadie vio. En función de ello, solicitan se case el resolutivo impugnado, se encuadre la conducta enrostrada a su asistido bajo la figura del robo simple –art. 164 del CP–, y se lo condene a Estalles a la pena de dos años de prisión en suspenso.

Formulan reserva expresa del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no debe prosperar, en tanto la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos.

En este sentido, considera que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa. Expresa así que la defensa insiste en esta instancia en la misma versión efectuada al momento de los alegatos.

Por lo que la sola reiteración de dicha posición, sin adicionar argumentos novedosos, no alcanza para romper el cuadro probatorio reunido y evaluado en forma razonada por el tribunal de juicio.

Advierte que si bien los recurrentes atacan la sentencia por motivación arbitraria con el cuestionamiento de la valoración que el a quo efectuó del plexo probatorio, con la afirmación según la cual no ha quedado acreditada la utilización del arma por parte de los imputados, la pieza impugnada se encuentra sólidamente fundada en el punto en cuestión.

Destaca que la presencia del elemento utilizado como arma en el suceso criminoso, que aumentó el poder ofensivo de los autores para lograr el desapoderamiento, es una circunstancia que surge categóricamente de los dichos de la víctima y que encuentra sustento en el resto de las pruebas analizadas por el sentenciante.

De tal manera, por lo que el cambio de calificación propuesto por los recurrentes no puede prosperar.

En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y, en consecuencia, la confirmación en esta instancia de la totalidad de la pieza impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la defensa del acusado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado, atento a las razones que serán detalladas a continuación. Conforme surge de la lectura del contenido del escrito recursivo, advierto que

el vértice sobre el que se apoya el recurso de casación interpuesto resulta ser un agravio de índole procesal.

Ello pues, más allá que la defensa presenta su crítica como un vicio de carácter sustancial, relativo a la errónea aplicación de la ley penal, lo cierto es que esta pretensión jurídica emerge producto de una valoración diversa del material probatorio meritado por el juzgador.

De este modo, entonces, si la procedencia o no del vicio sustancial incoado depende en un todo del resultado del tratamiento de los vicios relativos a la valoración de los elementos probatorios incorporados a la causa, el esquema que se seguirá, a fin de sustentar la decisión anticipada será, en primer orden, brindar las razones por las que entiendo que el sentenciante fijó adecuadamente la plataforma fáctica del hecho atribuido a los acusados, especialmente en sus circunstancias modales (a). A partir de ello, se expondrán los argumentos que corroboran el acierto del tribunal a quo en cuanto al análisis jurídico contenido en la sentencia sobre la conducta criminosa atribuida al acusado, así como también, de la selección de la figura penal bajo la cual fue encuadrada típicamente (b).

a. Motivación del acto sentencial. Valoración de la prueba legalmente incorporada

De forma previa al ingreso en el análisis de los argumentos defensivos, conviene señalar que, tanto durante el debate oral como en esta instancia recursiva, la defensa no ha puesto en crisis la existencia del hecho ni la autoría material por parte de su defendido.

En ese sentido, se verifica que en ambas etapas procesales ha reconocido expresamente la responsabilidad de Brian Daniel Estalles en el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles de propiedad de la víctima ocurrido en las circunstancias de tiempo y lugar en definidas en la acusación fiscal, y tenidas por comprobadas en la resolución cuestionada.

Razón por la cual, advertida la inexistencia de contradictorio y la ausencia de vicios en el silogismo seguido por el sentenciante para tener por acreditados aquellos extremos, éstos permanecerán inmutables en esta instancia.

Por el contrario, la estrategia de litigación de la defensa del acusado ha estado concentrada de modo constante en la **modificación del encuadre legal** asignado a la conducta criminal que se le atribuye a aquél a partir de una visión valorativa –de carácter parcial y ganancial– de la prueba.

Esto, con el fin de demostrar una determinada mecánica modal en la ejecución del ilícito acorde a su pretensión de resistir –y evadir– la figura agravada efectivamente aplicada en la sentencia.

Es ese plano, los esfuerzos defensivos se concretan en demostrar que el apoderamiento violento de la res furtiva no se produjo mediante la utilización de un elemento cortopunzante por parte de los responsables. Esta estrategia se comprueba a través de la reproducción de las constancias audiovisuales en las que resultó registrada la totalidad de la actividad defensiva realizada durante el debate oral y se patentiza con mayor claridad en la pretensión defensiva expresada por esa parte al formular sus alegatos de clausura (ver soporte audiovisual, audiencia 29/10/20, min. 01:08:45).

La reiteración por la defensa de aquellos mismos argumentos utilizados en las instancias anteriores a la presente, se viabilizan en el recurso promovido a través del cuestionamiento sobre la sentencia que condena a su representado, a la que aquella parte le endilga la existencia de vicios en la motivación por la errónea valoración de la prueba.

En este orden, la defensa insiste en dirigir su embate únicamente respecto a la falta de utilización del arma en sentido impropio como medio comisivo para perpetrar el comportamiento criminoso objeto del proceso.

Aspecto modal que la pieza atacada consideró debidamente acreditado. Por esta razón, en lo que sigue, de acuerdo a la estructura argumental expuesta en los párrafos precedentes, el examen del recurso se circunscribirá sobre este tópico.

Esto es, sobre las circunstancias modales vinculadas al medio empleado por el acusado durante la fase ejecutiva del delito enrostrado.

Según se desprende del escrito recursivo, la defensa cuestiona que, de haberse efectuado una correcta valoración de la prueba incorporada al proceso, el tribunal de la instancia anterior hubiera concluido en la inexistencia del estado de certeza necesario para expedir una sentencia condenatoria respecto del delito de robo con arma.

Al respecto, entienden que se verifica probatoriamente un estado de duda respecto de la circunstancia agravante –utilización de un arma impropia–, desde que no se ha sido posible constatar qué tipo de elemento se utilizó para el desapoderamiento.

Tampoco, si aquel instrumento que fuera utilizado por los responsables del ilícito puso realmente en riesgo la vida o la integridad física de la víctima.

De allí que, dada esa falta de certeza sobre este aspecto fáctico, para la defensa la conducta del acusado no sobrepasa los límites legales contenidos en el delito del robo simple.

Sin embargo, del modo en que lo adelantara, estimo que no asiste razón a la defensa en los argumentos que proponen.

Ello pues, advierto que los elementos de prueba obrantes en la causa y debidamente valorados por el tribunal de la instancia anterior, acreditan que los autores del hecho, entre los que se encuentra el acusado recurrente, utilizaron de modo efectivo un elemento punzante o cortopunzante durante el curso de la ejecución del desapoderamiento violento de bienes muebles de propiedad de la víctima.

De tal manera, comparto con el tribunal de la instancia anterior en que esa conclusión surge, en especial, a partir del correlato que existe entre las sucesivas declaraciones que la víctima hizo al respecto en diversas etapas del proceso, y su corroboración periférica mediante los restantes elementos de prueba valorado adecuadamente por el a quo (ver fundamentos, fs. 475).

En efecto, Leonardo Gastón Pérez Cabrera –víctima de autos– ha sido constante, coherente y coincidente cuando describió la mecánica del hecho y la participación de los acusados. En particular, y respecto de las circunstancias modales en que se produjo el desapoderamiento violento, desde su primera declaración instrumentada en el acta de denuncia, sostuvo que los autores del ilícito utilizaron un elemento metálico filoso o puntiagudo que uno de ellos colocó en la parte posterior derecha de su cuello –debajo de su oreja–, presionando sobre ese lugar.

Es así que, en referencia a la cuestión controvertida, describió que «[...] iba caminando por la vereda oeste de la calle Colón en dirección al sur, cuando a treinta metros después de haber pasado la intersección con calle Leguizamón, me toma de atrás por el cuello un sujeto y me apoya algo metálico que me pinchaba [...] sentí que me apoyaron algo filos[o] porque me pinchaba».

A ello agregó la descripción de las consecuencias de ese obrar al decir que «[...] presentó un raspón en el costado derecho lugar en donde me apoyaron el elemento punzante» (fs. 1 vta./2) (en ambos casos el destacado me pertenece). Esa explicación circunstanciada la reiteró, en términos que resultan esencialmente análogos a los transcritos anteriormente, a través de su declaración testimonial en el marco del debate oral. Precisamente, en esa oportunidad, espontáneamente narró que uno de los acusados le colocó «[...] una especie de punta en el cuello».

Luego, a preguntas efectuadas por la Fiscalía, detalló que «[...] no ha sido ni un cuchillo ni nada filoso porque, sino, hubiera muerto. Estaba muy cerca de la vena aorta, hubiera sido imposible salir de ahí si hubiera sido algo filoso. Yo supongo que era una especie de destornillador porque, después, cuando me fijo, la marca era como una especie de destornillador plano» (ver al respecto, registro audiovisual de la audiencia del día 28/10/20, min. 00:28:01/00:31:06).

Sostuvo también que, aun cuando la mecánica que asumieron los hechos le impidió visualizar directamente qué objeto le apoyó uno de los atacantes por detrás de su cuello, puesto que éste lo había agredido por su espalda, esa circunstancia no le impidió apreciar que aquel objeto se trataba de «[...] algo filoso, puntiagudo, en la parte derecha, debajo de la oreja [...]. Sentí una presión [...]». Adicionó que esa maniobra lesiva le provocó «[...] una marca de aproximadamente cuatro centímetros, como si fuera un corte o una especie de línea que no era una sola línea [...]», por lo que interpretó que, en relación con el objeto, se trató de «[...] una especie de destornillado plano, porque era como la trazadura de un pincel, una cosa así».

Asimismo, descartó un sangrado como consecuencia de ello (minutos 00:36:40/00:38:05).

Sin perjuicio de la dirimencia de ese relato en lo que hace al punto aquí cuestionado, atributo soslayado por la defensa, comparto con el juez de la instancia anterior que ese testimonio no constituye la única prueba que acredita la utilización del arma impropia en el hecho objeto del presente proceso.

Ello, pues existen elementos probatorios colectados e introducidos válidamente a la causa que respaldan la hipótesis de la víctima en orden al extremo modal fáctico discutido (fs. 475).

En ese plano se insertan los testimonios recogidos en el debate por parte del personal policial que intervino en el procedimiento que culminó con la aprehensión de los responsables del suceso criminoso. Concretamente, me refiero a las declaraciones realizadas en debate por los Auxiliares Juan Diego Lechuga Pereyra y Juan José López Soto, quienes entrevistaron a la víctima a escasos minutos del hecho, y comunicaron por radiofrecuencia el hecho.

También da cuenta de ello la declaración del Aux. Cristian Adrián González Silva, quien lograra posteriormente la detención de los incusos. Todos estos testimonios se corresponden con el contenido de las actas de procedimiento labradas oportunamente por aquéllos (fs. 05/06 y fs. 11/13).

Al respecto debe destacarse que la sentencia da cuenta adecuadamente que las declaraciones del personal policial individualizado ratifican que la víctima les comunicó, inmediatamente después de haber sufrido el desapoderamiento violento de bienes de su propiedad, que el ataque fue realizado mediante la utilización de un objeto metálico a través de la parte posterior de su cuerpo (espalda) –Aux. Lechuga–.

Esta información se corrobora con el relato del Aux. López Soto, que también intervino en el mismo momento y que declaró que, cuando la víctima los puso en conocimiento sobre el suceso, él personalmente había visualizado una marca de coloración rojiza en la zona corporal lesionada (sector posterior derecho del cuello) (ver fundamentos, fs. 475 vta./476).

A todo lo expuesto debe considerarse, tal como lo hizo el juez de la instancia previa, que del contenido del acta de procedimiento policial labrada al momento de la aprehensión de los acusados surge un aporte cargoso sustancial: a individualización de los elementos que fueron hallados en el interior del vehículo en el que se dieron a la fuga los sujetos luego de apoderarse de los bienes muebles de la víctima, y dentro del cual fueron finalmente detenidos por el personal policial actuante.

Así, según consta en el referido instrumento, la requisa efectuada arrojó como resultado la presencia en el vehículo de dos cuchillos, uno de mango fino dolor rojo de tipo serrucho de 20 cm de largo, y otro de mango grueso de color azul hola lisa plateada de 25 cm de largo.

Además de dos destornilladores, uno tipo “Phillips” mango color azul con negro, y otro tipo “punta paleta” mango color amarillo (ver fs. 12). Todos estos instrumentos fueron secuestrados (fs. 20/21).

De tal manera, es evidente la compatibilidad que existe entre lo expresado por la víctima desde el instante mismo de la intervención policial, mantenido en sus declaraciones, durante la investigación penal preparatoria, e incluso ante el tribunal de juicio en su declaración testimonial, con las declaraciones de los efectivos policiales y con los elementos secuestrados.

Cuadro cargoso suficiente para demostrar con la certeza que precisa un pronunciamiento condenatorio, la utilización de un arma para lograr el desapoderamiento violento y que de ningún modo ha podido ser rebatido por los hoy recurrentes.

Resulta claro que la víctima nunca aseveró que el elemento utilizado por los responsables del ilícito se tratara específicamente de un cuchillo sino que, por el contrario, es un dato que se encargó lisa y llanamente de descartar.

Como quedó reflejado anteriormente, dentro del marco del contradictorio propio del debate, aclaró esa situación, e incluso negó categóricamente que se tratara de aquel.

Por otra parte, surge perfectamente compatible la percepción sensorial que describió la víctima al referirse al empleo del arma sobre su cuello, a modo de sentir que el objeto metálico en cuestión lo “pinchó”, con el efecto que puede producir afirmar el extremo de un destornillador sobre un tejido blando muscular como es el del cuello, presionando sobre la misma.

Pero además de ello, y en línea con la valoración del material probatorio previamente efectuado, encuentro atendible la explicación que da el tribunal de juicio ante la falta de precisión de la víctima para individualizar certeramente si el elemento metálico efectivamente utilizado fue un cuchillo o un destornillador.

Así, señaló que «[I]o cierto es que el elemento metálico colocado a la altura del cuello que “pinchó” a la víctima, por el sujeto que lo tomó por su espalda, es compatible con cualquiera de los elementos secuestrados en el vehículo que se conducían ambos imputados, por lo que esta inexactitud no puede llevarnos a concluir la inexistencia de utilización del elemento bajo análisis» (fs. 476 vta., el destacado me pertenece).

Lo dicho descarta el argumento defensivo en cuanto a la utilización de un «razonamiento circular» y contradictorio como alegan los recurrentes (fs. 502), que haya culminado con la «creación» artificiosa, de parte del juez de la instancia previa, de un arma para agravar la situación procesal de los encausados.

Las premisas de las que partió el sentenciante para concluir razonadamente en la utilización del arma son todas válidas, desde que –como se vio– lucen ajustadas adecuadamente a la prueba valorada.

De allí que la síntesis de su razonamiento en el aspecto discutido, permanece –en mi criterio– incólume frente a los ataques defensivos.

Finalmente, resta decir que se comparte todo el desarrollo argumental contenido en la sentencia en cuanto a los motivos por los cuales se descarta que la falta de constatación de una lesión en el cuello de la víctima por un médico resulte óbice para tener por demostrada la utilización del arma en el hecho fs. 476 vta./477).

Ello principalmente porque la entidad de la lesión señalada por la víctima, dado el transcurso del tiempo en que se practicó el examen físico que da cuenta el informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 462), impide a las claras verificar la presencia de vestigios físicos, tales como lesiones traumáticas o cicatrices en la zona afectada.

Repárese que el examen físico se realizó a más de un año de ocurrido el hecho y que, además, fue el mismo damnificado quien aclaró en juicio que la maniobra lesiva no le provocó cortes ni sangrado. En base a todo lo expuesto, al verificarse una adecuada valoración de los elementos de prueba obrante en la causa –particularmente en relación con la versión de la víctima, la información recibida, obtenida y transmitida por el personal policial interviniente y, finalmente, el secuestro de diversos elementos en el vehículo que conducían los acusados al momento de ser aprehendidos– puede afirmarse que el sentenciante fijó adecuadamente la plataforma fáctica del hecho.

En especial, que se ha configurado –en el caso concreto– el estado de certeza probatoria necesario sobre el aspecto modal cuestionado por la defensa, descartándose todo margen de duda razonable en cuanto a la utilización de un arma en el delito investigado.

De tal manera las críticas de la defensa a la sentencia sólo condensan reproches aislados, dirigidos a fragmentar el plexo probatorio, aislando los elementos que lo componen para así procurar quitarles la fuerza probatoria que proviene de su reunión.

En función de ello deber ser rechazada la pretensión de la defensa en relación con los vicios vinculados con la valoración de la prueba realizada por el tribunal de sentencia.

b. Análisis jurídico de los hechos probados

Tal como se adelantara supra, la defensa del acusado ha reprochado a la sentencia condenatoria el haber aplicado erróneamente el derecho, asignando a la conducta desplegada por el acusado una calificación jurídica que, en su opinión, resulta errónea.

En efecto, según sostienen los recurrentes, el hecho se cometió sin armas. Razón por la cual solicitan concretamente se modifique el encuadre normativo bajo el cual fue subsumida la conducta enrostrada a Estalles, y se lo condene por el delito robo simple a la pena de dos años de prisión de cumplimiento condicional.

Estimo que la pretensión defensiva no puede recibir acogida favorable en esta instancia, pues el alegado defecto del acto sentencial en el nivel de la aplicación del derecho sustantivo no es tal. Es que, como se adelantó al comienzo de la solución, el ataque en punto a la calificación legal del hecho realizada por el tribunal de juicio dentro de los márgenes del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2° del CP) lo es desde su perspectiva de la valoración de la prueba, reiterando su posición frente al cuadro probatorio e indiciario discutido en la instancia del debate oral.

Así, al entender que el hecho objeto del presente proceso ha sido correctamente fijado y acreditado en lo que hace a todas sus circunstancias temporales, espaciales y modales, es que considero que el encuadre jurídico resultó adecuado.

La comprobación de que el desapoderamiento violento de cosas muebles ajenas por parte de los acusados se cometió mediante el empleo de un elemento material corto-punzante corrobora el acierto del tribunal de juicio al tener por acreditado el delito agravado endilgado.

Por lo tanto, habiendo rechazado los agravios referidos a la plataforma fáctica que el tribunal de mérito tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, es mi opinión que la pretensión de los letrados recurrentes acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido debe, en consecuencia, ser desestimada.

c. Conclusión

En virtud de las consideraciones expuestas precedentemente, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa del acusado Brian Daniel Estalles.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y regular los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 08 de septiembre de 2021.-

26- PAZ RIPORELLA y ot. 15-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI ANA	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=557>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Concurso aparente de leyes.

Summa:

El **TPC** condenó a la pena de ocho años de prisión a Leonardo Fabrizio Paz Riportella y de nueve años de prisión a Miguel Matías Riportella, declarándose penalmente responsables del delito de robo calificado por ser cometido en poblado y en banda, robo agravado por el uso de arma impropia y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal (arts. 167 inc. 2°, 166 inc. 2° supuesto 1°, 166 inc. 2° párrafo 3 y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación y solicita la nulidad de la resolución judicial por poseer vicios de errónea y contradictoria fundamentación en tanto estima que de la valoración de los elementos de prueba no puede concluirse probada la autoría de sus defendidos por el hecho atribuido en autos, que no se ha seguido la sana crítica racional, que es arbitraria la sentencia por fundarse en prueba indiciaria y que de ninguna manera se ha relacionado a sus representantes como autores del hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo formal el recurso casatorio promovido atento a que no aporta argumento alguno que plantee la nulidad de la sentencia, más que afirmaciones genéricas de arbitrariedad de la valoración del plexo probatorio sin desarrollo, por lo que las consideraciones defensivas no alcanzan a autoabastecerse para abrir formalmente la vía recursiva.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1270, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Campos Castro. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcCCN.pdf
- Bullones Baeza. 04-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180504_FcBBL.pdf
- Pereira Soria. 04-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcPereira.pdf

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05455651-3/1((018602-20965)) FC/ PAZ RIPORELLA LEONARDO FABRIZIO, RIPORELLA MIGUEL MATIAS P/ ROBO CALIFICADO (20965) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105632780*

En Mendoza, a los quince días del mes de setiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05455651-3/1 caratulada “F. c/ PAZ RIPORELLA LEONARDO FABRIZIO, RIPORELLA MIGUEL MATIAS P/ ROBO CALIFICADO (20965) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. OMAR. A. PALERMO.

La defensa de Leonardo Fabrizio Paz Riportella y Miguel Matías Riportella interpone recurso de casación a fs. 457/472 contra la sentencia N° 1270 de fs. 433/448 vta. dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 que los declaró penalmente responsables por robo calificado por ser cometido en poblado y en banda, robo agravado por el uso de arma impropia y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal (arts. 167 inc. 2, 166 inc. 2 supuesto 1, 166 inc. 2 párr. 3 y 54 del CP). Como consecuencia, impuso la condena de 8 años de prisión a Leonardo Fabrizio Paz Riportella y de 9 años de prisión a Miguel Matías Riportella.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia tuvo por acreditado que «[...] para fecha 18 de Marzo de 2019, siendo aproximadamente las 07:55 horas, Riportella Miguel Matías, Paz Riportella Leonardo Fabrizio, junto a un tercer sujeto, ingresaron por el portón corredizo que se encontraba abierto, al domicilio ubicado en calle 1° de Mayo N° 989 de Godoy Cruz, Mendoza, los tres sujetos con armas de fuego, mientras la Sra. Silvia Delia Lizama se encontraba en el comedor de la vivienda. Leonardo Fabrizio Paz Riportella ingresó al comedor con una pistola con la cual apuntó a la cabeza y le manifestó “DONDE ESTÁ LA PLATA, LLEVAME ARRIBA A DONDE ESTA TU MARIDO. SABEMOS TODO DE USTEDES”, mientras que ataron ambas manos de su cuerpo por detrás en la espalda con un precinto de color blanco.

Acto seguido, Riportella Miguel Matías y Paz Riportella Leonardo Fabrizio subieron las escaleras hacia el primer piso con la Señora Lizama, mientras que el tercer sujeto, Enzo Fernando Riportella, se quedó en la planta baja. Una vez allí Riportella Miguel Matías y Paz Riportella Leonardo Fabrizio levantaron al Señor Fernando Kabacoff Rudnik que se encontraba durmiendo en el dormitorio grande y le preguntaron “DONDE ESTA LA PLATA” a lo que el Señor Kabacoff, les dijo que estaba abajo: uno de ellos le dijo “NO ME MIENTAS”.

Riportella Miguel Matías le pegó un culatazo con el arma en la cabeza, tirándolos al piso, luego le dijo “DECI LA VERDAD O TE MATAMOS”, por lo que la víctima se paró del piso y el mal viviente le puso precintos en sus manos por detrás de la espalda.

Luego, los sujetos vieron un cajón similar a un cofre de madera con llave, de un metro por ochenta centímetros, y le pidieron la llave a la víctima. Una vez obtenida, lo abrieron sacando del mismo noventa mil dólares y cuatrocientos noventa mil pesos. Instantes previos, uno de estos sujetos arrancó el cable del teléfono fijo y luego de sacar el dinero, se llevaron el teléfono móvil del Señor Kabacoff y veinte mil pesos en un sobre que se encontraba en la cartera de la Señora Lizama. Riportella Miguel Matías, guardó el dinero en una mochila de color gris que llevaba. Se fueron de la casa, sustrayéndoles también a las víctimas sus teléfonos celulares, marca Samsung J7 y Samsung S8 (línea N° 155025976 y 2616796955), la billetera y al señor KABACOFF su reloj pulsera marca Bulova automático en acero de color negro con detalles en dorado, modelo 98a203, con una raya en el contorno del mismo, con malla de color negro, dándose posteriormente a la fuga».

2.- Recurso de casación

La defensa de los imputados interpone recurso de casación contra la sentencia de condena ordenada. Así, solicita la nulidad de la resolución judicial por poseer vicios de errónea y contradictoria fundamentación en tanto estima que de la valoración de los elementos de prueba no puede concluirse probada la autoría de sus defendidos por el hecho atribuido en autos.

Asevera que, de la adecuada aplicación de las reglas de la sana crítica racional no se podría haber derivado la conclusión de la instancia anterior.

Considera que la sentencia es arbitraria en tanto solo se encuentra fundada en prueba indiciaria sin fuerza convictiva para sustentar una condena.

Entiende que de ninguna manera se ha podido relacionar a sus representados como autores del hecho, más allá de un dubitativo reconocimiento.

Por último, hacer reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 485/486 el Procurador General dictamina el recurso de casación impetrado en estas actuaciones. Asevera que el remedio procesal presentado no aporta argumento alguno que plantee la nulidad de la sentencia, más que afirmaciones genéricas de arbitrariedad de la valoración del plexo probatorio sin desarrollo.

En este sentido, concluye que las consideraciones defensivas no alcanzan a autoabastecerse para abrir formalmente la vía recursiva.

En consecuencia, propicia el rechazo formal de la presentación defensiva.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

a- Adelanta rechazo

Luego de analizar los agravios presentados por la defensa, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos, entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto de acuerdo a los argumentos expuestos a continuación.

b- Valora fundamentación del recurso - Admisión para verificar legalidad

En primer lugar, estimo relevante destacar que el recurso de casación, como bien ha sostenido el Procurador General en su dictamen, solo expone aseveraciones genéricas de arbitrariedad de la valoración probatoria que dificultan la tarea de revisión propia exigida por la parte recurrente.

Sin embargo, entiendo que es función de este Cuerpo –según se deriva de lo dispuesto por el **art. 8.2 de la CADH**– verificar que, efectivamente, la jueza de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que le cupo a los imputados para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que la resolución judicial se encuentra motivada de una manera lógica y convincente.

En relación a este último extremo, entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

c- Análisis del cuestionamiento respecto a la falta de respaldo probatorio de la sentencia.

En segundo lugar, entiendo pertinente aseverar que la materialidad del hecho no ha sido discutida por las partes y se encuentra acreditada por las testimoniales de las víctimas, las actas de procedimiento, los informes del CEO, los desgrabados de las cámaras de seguridad aportadas, la constatación del Cuerpo Médico Forense de las lesiones sufridas por Kabacoff, entre los más relevantes.

Así, el argumento defensivo expone que la sentencia se encuentra fundada en prueba indiciaria sin fuerza convictiva y que no se puede vincular a sus representados con el hecho investigado.

Sin embargo, la crítica defensiva no encuentra respaldo en las pruebas incorporadas durante el debate en tanto, y como afirmó la jueza de la instancia previa, de ellas se deriva la intervención en el hecho de los acusados.

Si bien la magistrada tuvo presente los informes de investigación que arrojaban sospechas respecto de Miguel Riportella y Leonardo Paz Riportella, los elementos de convicción incorporados con posterioridad permitieron obtener la convicción suficiente de su autoría y responsabilidad por el suceso ilícito. Así, de la declaración de Kabacoff surgieron características físicas de los sujetos que cometieron el hecho que fueron cotejadas con las desgrabaciones fílmicas aportadas en las presentes actuaciones y que, junto con los informes de la División de Delitos Tecnológicos y las actas de visu de los acusados, dieron como resultado la identidad de los acusados.

En efecto, con claridad la jueza expone en la sentencia que «[l]a víctima en todo momento se refirió a la estatura mediana de los individuos. Expresaría a fs. 19 vta. que si podría reconocer al que le pegó con el arma, que tendría una estatura de 1.75 aproximadamente, delgado, tez blanca, entre 25 y 28 años de edad. Lo que efectivamente se acredita en el acta de vestimenta y descripción morfológica del Sr. Miguel Riportella, quien presenta un estatura aproximada de 1.70 metros, contextura media, y lo que a su vez, se ratifica en el acta de reconocimiento practicado en rueda de personas por la víctima del golpe, y a casi dos meses posteriores del evento criminoso. Surge a fs. 271 que el Sr. Kabacoff, indica las características

del individuo y precisamente reconoce a Miguel Riportella, como el sujeto parecido o de porte parecido al sujeto que portaba el arma».

Suma valor a lo anterior el informe de Delitos Tecnológicos de fs. 26/34 y ss. en relación con el resultado de las cámaras de seguridad ubicadas en el domicilio de la víctima –calle 1° de Mayo 989 del departamento de Godoy Cruz, provincia de Mendoza–, de las que se verifica que tres sujetos ingresaron y egresaron del domicilio de las víctimas en la fecha denunciada, portando uno de ellos una mochila –como bien describió la víctima en su declaración testimonial–.

Asevera correctamente la a quo que «teniendo en cuenta el material fílmico desgrabado del lugar del hecho, como así también de los fotogramas figurantes en el Informe Tecnológico Nro. 1705/19 de fecha 18/03/19, se efectúa un minucioso análisis sobre el material en cuestión con relación a los presuntos autores del hecho. Su cotejo por especialistas, atendiendo a las características físicas y morfológicas de los hermanos Riportella, análisis con prontuarios existentes, fotografías subidas a las redes sociales, facebook, e imagen directa de ellos, corroboran que los sujetos tomados por las cámaras de seguridad ofrecidas por la víctima en las primeras instancias de la investigación, efectivamente, resultarían ser Paz Riportella, Leonardo Fabrizio, Riportella, Miguel Matías y Riportella, Enzo Fernando».

Asimismo, y en relación con los objetos sustraídos denunciados por las víctimas de estos autos, la magistrada de instancia anterior sostuvo que los automóviles adquiridos por los hermanos Riportella y sus allegados con posterioridad al hecho no permiten aseverar que hayan sido adquiridos en virtud de las grandes sumas de dinero robadas a Kabacoff y su esposa.

Por su parte, destacó que era distinta la situación del reloj marca Bulova que fue secuestrado en poder de Miguel Riportella al momento de su aprehensión un mes y medio después del hecho delictivo. A lo que se agregó que, de los celulares secuestrados en dicho procedimiento se logró obtener el dato según el cual Miguel Riportella ofrecía dicho reloj para la venta por WhatsApp.

d-Posición respecto al concurso aparente de leyes (no fue motivo de agravio)

Por último, y aún cuando no ha sido motivo de agravio, entiendo pertinente reiterar mi posición en relación con las calificaciones atribuidas a los hechos investigados en autos.

Así, nos encontramos ante un **concurso aparente de leyes** como expresé en los precedentes «**Campos Castro**», «**Bullones Baeza**» y «**Pereira Soria**», que debe ser resuelto de conformidad con el art. 54 del CP aplicando solamente la figura penal que fija la pena mayor.

e- Conclusión: Confirma sentencia

En conclusión, entiendo que la sentencia ha sido debidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, el que fue valorado de forma conjunta y coherente, lo que permite sostener la intervención y autoría de Leonardo Fabrizio Paz Riportella y Miguel Matías Riportella en los hechos atribuidos en las presentes actuaciones. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 457/472 por la defensa de Leonardo Fabrizio Paz Riportella y Miguel Matías Riportella.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2021.-

27- VARGAS CABRERA. 15-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B NNA	-	AF	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcVargas.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 41 quarter, 89; 55, 167, inc. 2°, 104 del CP. Art. 400 inc. 1° del CPP.

Vox: Robo. Arma de Fuego. Participación de Menor. Lesiones leves dolosas. Poblado y banda. Abuso de armas. Concurso real. Lectura de declaración testimonial. Incorporación por lectura. Derecho de defensa.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **diez años y seis meses de prisión** por el delito robo agravado por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor, lesiones leves dolosas (dos hechos) en concurso real robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda y abuso de armas en los autos P-11.022/19, todo en concurso real (arts. 166, inc. 2° supuesto 1°; 41 quater; 89; 55; 167 inc. 2°; 104; 12 y 29 inc 3° del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que se ha incurrido en vicios in procedendo y vicios iudicando.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1291 pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ponce Cardani. 02-18-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180802_FcPCR.pdf

b-CSJN

- Benites. 12-06-06:
<https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Ben%C3%ADtez,%20An%C3%ADbal%20Leonel.pdf>

Precedentes relacionados

Incorporación por lectura.

a-SCJM

- Vargas Cabrera. 15-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcVargas.pdf
- Ponce Cardani. 02-18-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180802_FcPCR.pdf
- Chomiuk Arancibia. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>
- Altamirano González. 22-11-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIxNjA=&tabla=c2M=>
- Biasori Bastías. 22-10-14:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE2OTg=&t=abla=c2M=>

La posibilidad de incorporar por lectura testimonios prestados durante la investigación penal preparatoria resulta de aplicación excepcional y restrictiva.

Las denominadas lecturas complementarias (declaraciones testimoniales prestadas en la etapa de investigación penal preparatoria) podrán ser leídas en el debate oral si hubiere contradicciones totales o parciales entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar a la memoria del testigo por olvido o reticencia. La decisión de incorporarlos por el tribunal requiere la previa instancia de alguna de las partes.

Si el deponente no logró explicar o superar la contradicción entre lo manifestado en testimonio practicado en la etapa penal preparatoria y la testimonial del juicio oral, es el mismo tribunal el que deberá explicar motivadamente en la sentencia cual es el criterio por el cual otorga más crédito a la versión leída que a la producida en el debate o viceversa

Parágrafos destacados.

Del voto preopinante: “...En relación con la interpretación que estimo correcta de ese fallo del Máximo Tribunal Nacional, en el **precedente «Ponce Cardani»** de esta Sala de la Suprema Corte, expuse que aquel precedente «[...] pone énfasis en las condiciones y las características particulares de tales declaraciones para lograr su exclusión, y no sólo en el hecho de que ellas no han sido controladas por la defensa. En el caso Benítez, se explicó que la declaración testimonial de Pérez no había podido ser examinada por la defensa porque al momento de declarar durante la instrucción formal ese testigo se encontraba coprocesado, por lo que no se trataba de un testigo en sentido estricto (del considerando 13 de la mayoría)». «De tal manera, lo que se indicó es que dicha declaración no podía ser tomada en el debate como una declaración testimonial cuando, en rigor, al momento de producirse se había tratado de una declaración indagatoria. Lo dicho no implica de ningún modo favorecer la práctica de incorporar las declaraciones testimoniales prestadas en la investigación al debate. Muy por el contrario, un debate oral debe tender, en la medida de lo posible, a garantizar las condiciones de inmediación, oralidad y publicidad en que se apoya el sistema acusatorio para que el derecho de defensa quede suficientemente garantizado. No obstante, esa manera de entender el proceso no es ciega a la circunstancia de que existen situaciones especiales en que, **excepcionalmente**, existe un límite fáctico a que toda la prueba sea producida en el debate, de modo tal que debe aceptarse la posibilidad de incorporar elementos colectados durante la investigación».”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia).

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05457245-4/1((018602-105160)) FC/ VARGAS CABRERA BRIAN NAHUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105634602*

En Mendoza, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13- 05457245-4/1** caratulada **“F. c/ VARGAS CABRERA BRIAN NAHUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Brian Nahuel Vargas Cabrera interpone recurso de casación a fs. 65/72 vta. contra la sentencia N° 1.291 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 que lo condenó por robo agravado por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor en los autos N° P-105.160/18, por lesiones leves dolosas (dos hechos) en concurso real en los autos P-104.089/18, robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda en los autos P-24.316/19 y abuso de armas en los autos P-11.022/19, todo en concurso real (arts. 166, inc. 2° supuesto 1°; 41 quater; 89; 55; 167 inc. 2°; 104; 12 y 29 inc 3° del CP) a la pena de diez años y seis meses de prisión.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En relación a los autos P-24.316/19, únicos impugnados por la defensa en su recurso de casación, el tribunal de juicio tuvo por acreditado el hecho relatado en el requerimiento de citación a juicio fiscal el cual da cuenta que «[p]ara fecha 1 de abril de 2019, siendo aproximadamente a las 18:30 hs. momento en que las víctimas EZEQUIEL ANDRES GUERRERO ROJAS Y AGUSTINA MICAELA LEIVA, se encontraban en calle Acceso 1 a la altura del gimnasio N° 5 de Barrio La Favorita de la ciudad de Mendoza, a bordo de una moto marca Zanella, modelo Sapucaí 125 cc, dominio 017-ILF color gris oscuro y rojo, fueron interceptados por una femenina, luego individualizada como ANGELES MILAGROS RECHECONE MOLINA y su novio LEANDRO DAMIAN CORDOBA CABRERA. Luego de mantener una discusión, DAMIAN CORDOBA, junto a BRIAN NAHUEL VARGAS CABRERA, ALEX DAMIAN BARRAQUERO RAMIREZ (ALIAS ALITO) y cinco sujetos más no habidos ni identificados hasta el momento, comenzaron a golpear a EZEQUIEL ANDRES GUERRERO ROJAS, causándole Hematoma bupalpebral violáceo del ojo izquierdo, hematoma bupalpebral violáceo del ojo derecho, edema en pirámide nasal, escoriaciones en pómulo y sin derecha, hematoma de 2cm de diámetro en región occipital del cuero cabelludo, hematoma de 2 cm de diámetro en región parietal derecha de cuero cabelludo, edema de amas muñecas, escoriaciones en espalda, equimosis en brazo derecho, escoriaciones en ambas rodillas. Posteriormente Damián Córdoba le sustrajo su moto Zanella, modelo Sapucaí 125 cc, dominio 017-ILF, y la ingresó dentro del asentamiento colindante a la Playa San Agustín de ciudad, mientras ALEX DAMIAN BARRAQUERO RAMIREZ le manifestó a AGUSTINA MICAELA

LEIVA “ahí lo tenés a tu novio, mirá como te lo dejamos y le cheteamos la moto y encima le vamos a dar un tiro”». Lo que configuró el delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP).

Para así resolver se tuvo en cuenta la declaración durante el debate de la víctima –Ezequiel Guerrero–, la declaración durante la investigación penal preparatoria de Agustina Leiva y los informes técnicos del Cuerpo Médico Forense que dejaron constancia de las lesiones sufridas.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación por entender que la sentencia ha incurrido en vicios in procedendo en los autos P-24.316/19 por haberse incumplido con normas procesales previstas bajo pena de nulidad.

En este sentido, estima que se han vulnerado los principios de oralidad, inmediatez, contradicción y debido proceso legal, así como el derecho de defensa en juicio.

Destaca que la única testigo de cargo –Agustina Leiva–, que colocó a Vargas Cabrera en el lugar de los hechos, declaró solamente durante la investigación penal preparatoria.

En virtud de ello cuestiona la valoración realizada de esta prueba por violar la garantía constitucional de defensa en juicio.

Así, entiende que corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia por incorporación y valoración de la prueba testimonial que no fue realizada durante el debate oral y por inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo.

Asimismo, agrega que ello ha implicado vicios in iudicando por no existir material probatorio que otorgue el grado de certeza requerido para condenar a Vargas Cabrera por los hechos imputados.

Según la declaración testimonial de la víctima Guerrero, única que declaró durante el debate, el día del hecho apareció un grupo de personas que lo golpearon y le robaron su motocicleta pero señaló que no podía identificar ni hacer referencia alguna o descripción física de ellos.

Por otra parte, señala que Vargas Cabrera declaró durante el debate y expresó no haber estado en el lugar ni haber participado, sino que se encontraba en la casa de su abuela, lo que no fue tenido en cuenta por el magistrado de instancia anterior al momento de valorar el plexo probatorio total de la causa. Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 83/84 vta. sobre recurso de casación interpuesto y concluye que corresponde su rechazo sustancial y la confirmación de la sentencia de grado anterior.

Entiende que respecto a la incorporación de la declaración testimonial de Agustina Leiva, el tribunal de la instancia anterior señaló en los fundamentos de la sentencia que se agotaron los medios para obtener su presencia durante el debate, por lo que se aplicó lo previsto en el art. 400 inc. 1 supuesto 1 del CPP.

A ello agrega que la declaración en la etapa de investigación penal preparatoria fue controlada por la defensa de conformidad con las constancias de fs. 213/214, por lo que no se vulneró garantía constitucional alguna.

Agrega que la defensa pretende descalificar la valoración del plexo probatorio sin exponer en concreto los agravios relativos a la inobservancia de las reglas de la sana crítica. Por lo señalado, entiende que el recurso no debe prosperar en razón de que el magistrado de instancia anterior valoró todo el plexo probatorio incorporado durante el debate lo que brindó fundamento a la condena dictada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Luego de analizar los agravios presentados por la defensa, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos, entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto.

El cuestionamiento central de la defensa gira en torno a la incorporación al debate mediante lectura de la declaración testimonial de Agustina Micaela Leiva.

Así, entiende que se han vulnerado garantías constitucionales por haberse afectado el derecho de defensa en aplicación del **precedente «Benítez»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En relación con la interpretación que estimo correcta de ese fallo del Máximo Tribunal Nacional, en el **precedente «Ponce Cardani»** de esta Sala de la Suprema Corte, expuse que aquel precedente «[...] pone énfasis en las condiciones y las características particulares de tales declaraciones para lograr su exclusión, y no sólo en el hecho de que ellas no han sido controladas por la defensa. En el caso Benítez, se explicó que la declaración testimonial de Pérez no había podido ser examinada por la defensa porque al momento de declarar durante la instrucción formal ese testigo se encontraba coprocesado, por lo que no se trataba de un testigo en sentido estricto (del considerando 13 de la mayoría)».

«De tal manera, lo que se indicó es que dicha declaración no podía ser tomada en el debate como una declaración testimonial cuando, en rigor, al momento de producirse se había tratado de una declaración indagatoria. Lo dicho no implica de ningún modo favorecer la práctica de incorporar las declaraciones testimoniales prestadas en la investigación al debate. Muy por el contrario, un debate oral debe tender, en la medida de lo posible, a garantizar las condiciones de inmediación, oralidad y publicidad en que se apoya el sistema acusatorio para que el derecho de defensa quede suficientemente garantizado. No obstante, esa manera de entender el proceso no es ciega a la circunstancia de que existen situaciones especiales en que, **excepcionalmente**, existe un límite fáctico a que toda la prueba sea producida en el debate, de modo tal que debe aceptarse la posibilidad de incorporar elementos colectados durante la investigación».

En el caso de autos, el Ministerio Público Fiscal ofreció como prueba instrumental las declaraciones de Agustina Micaela Leiva de fs. 6 y 213/214, a las que adhirió la defensa, pruebas que –como bien ha resuelto el juez de debate– debían ser producidas en el debate como prueba testimonial y no instrumental.

A ello se agrega que durante el debate se procuró la comparecencia de la testigo en diversas ocasiones ante la constante insistencia de su presentación por parte del representante del Ministerio Público Fiscal (ver las audiencias de fechas 20 de octubre de 2020 a partir del minuto 01:43:22, 21 de octubre de 2020 a partir del minuto 18:13 y 22 de octubre de 2020 minuto 16:44).

Luego de tres intentos, la fiscalía solicitó en la audiencia realizada en fecha 27 de octubre la incorporación de su testimonio por lectura, a lo que la defensa pública se opuso. En estas condiciones fue que el juez resolvió el incidente en favor de la incorporación de la declaración testimonial al debate.

Para así resolver, tuvo en consideración las distintas oportunidades en las que la testigo Leiva declaró, con especial atención a la intervención de la defensa en dichas ocasiones. Respecto a la declaración de fs. 6, primera oportunidad en la que declaró la testigo Leiva, en fecha 1 de abril de 2019, el juez destacó que se efectuó sin presencia de la defensa del acusado Vargas Cabrera.

Sin embargo, ya habiéndose designado defensor técnico a Vargas Cabrera, se volvió a citar a la testigo a declarar en fecha 29 de noviembre de 2019, audiencia en la que la defensa técnica del acusado intervino, como puede apreciarse del acta de fs. 213/214 vta.

Se advierte así de las constancias audiovisuales descritas que, aunque fueron infructuosos, en el presente caso se adoptaron reiterados recaudos pertinentes para la procurar la concurrencia de la testigo. En consecuencia, considero que la incorporación al debate de la declaración testimonial ha sido debidamente realizada de acuerdo con las circunstancias del caso.

En primer lugar porque la defensa intervino en la etapa de la investigación al momento de recibírsele declaración a la testigo. De acuerdo con ello se aseguró el contradictorio. En segundo lugar, porque al momento del ofrecimiento de pruebas, adhirió a la incorporación de las declaraciones de Agustina Micaela Leiva de fs. 6 y 213/214.

Por su parte, el agravio de la de la defensa basado en que el acusado fue representado por un defensor técnico durante la declaración testimonial de Leiva y no por el Ministerio Público de la Defensa –quien llevó adelante su representación desde la etapa de debate– no puede ser atendida.

Ello en tanto ambos representan los intereses del acusado, y no se ha planteado en ningún momento que existiera una defensa deficiente que permitiera dudar de su actuación.

Ahora bien, resuelta la validez de la incorporación de la declaración testimonial mediante lectura al debate, corresponde analizar su valoración bajo las reglas de la sana crítica racional a los efectos de acreditar la responsabilidad de Vargas Cabrera por el hecho atribuido en las presentes actuaciones. Como bien analizó el juez de la instancia anterior, el material probatorio central de estos autos se circunscribe a las declaraciones testimoniales de la víctima Ezequiel Guerrero y de la testigo Agustina Leiva.

El primero mencionó durante el debate que mientras su ex pareja –Leiva– peleaba con una mujer de nombre Milagros, se acercaron más de seis personas y comenzaron a golpearlo para luego sustraerle su motocicleta y huir del lugar. Aseveró que no denunció el nombre de las personas que lo agredieron porque desconocía sus identidades. Sin embargo, expresó que su ex pareja los conocía porque había vivido en el mismo barrio.

En este contexto, y ante la ausencia de otros testigos del hecho denunciado, surge la importancia de la declaración de la testigo Agustina Leiva en tanto es quien identificó a algunas de las personas que agredieron físicamente a Guerrero en el momento en que se le sustrajo el vehículo.

En efecto, la testigo a fs. 213/214 vta. –declaración que, como se dijo, y de acuerdo a las constancias de la causa, fue controlada por la defensa de Vargas Cabrera– expresó que «Damián que tenía un arma en la cintura (creo que era un versa 38 color gris viejo) y se la pasa a uno de sus primos EL COCHOCHO». A lo

señalado agregó que «[...] eran el hermano de la chica con el que tengo el problema, PABLO, que es menor, EL PRIMO DEL LEO, que no se como se llama, y el cochocho, estaban ahí. No sé como se llama el gordito, en Facebook se llama ALEX, a él le pasó el arma el LEO, creo que le dicen el CHORO, el novio de MILAGROS».

Finalmente, y en lo relevante, manifestó que «[...] cuando le pasa el arma, el LEO al primo ALEX, Después el hermano de MILAGROS le dice “bueno, ya está” en eso yo me di vuelta y vi a EXEQUIEL todo sangrando, y miré que se estaban llevando la moto. En eso que le saca la patita a la moto el ALEX, para empujarla, porque estaba estacionada».

Como surge de las declaraciones y fue correctamente apreciado por el tribunal de la instancia anterior, la testigo identificó a los sujetos intervinientes por haber residido en el barrio. Ella es quien aseveró que «El cochocho» se encontraba en el lugar de los hechos, lo que, junto al informe de la Unidad Investigativa de Capital (fs. 21/22 y 24) aportó la identidad de Brian Nahuel Vargas Cabrera. Así, puede afirmarse que el hecho atribuido se encuentra acreditado por las manifestaciones tanto de Guerrero como de Leiva respecto a que un grupo de personas comenzaron a golpear al primero y, en ese contexto, le sustrajeron su motocicleta, la que no pudo ser recuperada. A ello se agrega el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense que constató las numerosas lesiones que sufrió Guerrero como consecuencia del hecho.

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido suficientemente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el magistrado sentenciante respecto a la existencia del hecho y la autoría de Brian Nahuel Vargas Cabrera sobre el mismo. Por tales razones y con opinión concordante del señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación al precedente «**Benítez**» de la **CSJN** reitero mi interpretación desarrollada en el precedente «**Ponce Cardani**» de esta sala. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 65/72 vta. por la defensa de Brian Nahuel Vargas Cabrera.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2021.-

28- LUCERO GOMEZ. 27-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=534>

Lex: Art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6° del CP. Art. 2, 414 del CPP.

Vox: Robo agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Absolución. Beneficio de la duda. Recurso de casación. Unidad de la prueba. Nulidad del debate.

Summa:

El **TPC** absolvió al imputado César Gustavo Lucero Gómez del delito de robo agravado por ser dejado de vehículo dejado en la vía pública (arts. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6 del Cód. Penal)

La **Unidad Fiscal de Robos y Hurtos** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el Recurso de Casación interpuesto por el Fiscal.

La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos y dispone anular el debate y sentencia 1167.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1167, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ramírez Terán. 30-12-09:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDA0MjY=&t=abla=c2M=>

Parágrafos destacados.

Del voto preopinante: “ Dicho en otras palabras, la jueza debió ponderar adecuadamente que «[...] la actitud de ambos indicaría que actuaron coordinadamente [...]», en lugar de absolver porque a su entender, el fiscal «[...] no ahondó en la acreditación de la convergencia intencional”.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05347613-3/1((018601-713131)) FC/ LUCERO GOMEZ CESAR GUSTAVO P/ ROBO AGRAVADO POR SER DE VEHICULOS DEJADOS EN LA VIA PUBLICA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105519096*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05347613-3/1** caratulada **“F. C/ LUCERO GÓMEZ, CÉSAR GUSTAVO P/ ROBO AGRAVADO POR SER DE VEHÍCULOS DEJADOS EN LA VÍA PÚBLICA S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos interpone recurso de casación (fs. 301/306 vta.) contra la sentencia N° 1167 en tanto absuelve al imputado César Gustavo Lucero Gómez del delito de robo agravado por ser dejado de vehículo dejado en la vía pública (arts. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 6 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia absuelve al encartado por el beneficio de la duda, del hecho que le fuera atribuido. Esto es, que el 15 de mayo de 2019 a las 16.30 horas aproximadamente, en la esquina de Pedro Molina y 25 de Mayo de Ciudad, el imputado junto con otro individuo aún no identificado ni habido, movilizándose a bordo de una motocicleta Zanella de color negro dominio 614 JXC, sustrajeron una bicicleta tipo mountainbike marca Vairo modelo XR8.8 rodado 26 con detalles en amarillo, con manubrio más ancho de lo normal, con calcomanías rueda delantera marca Maxxis y un calco con la misma inscripción en amarillo, con el gatillo de los cambios derecho roto y el soporte del asiento roto, previo a cortar la cadena con candado que el dueño le había colocado al cuadro, atándola con el poste del semáforo ubicado en la intersección referida, dándose a la fuga con la bicicleta. Si bien la a quo tuvo por probado el hecho, no consideró acreditada la autoría, porque no obstante que la moto es de la pareja del imputado, y en un allanamiento se logró el secuestro de una campera negra y azul marca Adidas, una mochila negra, una tijera de corte azul y una amarilla, un alicate y un casco negro con la inscripción H5 Halcón Módica, afirma que esos indicios son insuficientes y anfibológicos, no habiendo correspondencia entre el secuestro de la documentación de la motocicleta, una campera, un casco negro y herramientas y la autoría del imputado.

2.- Recurso de casación

Se agravia el fiscal porque la a quo absuelve al imputado por **no haber valorado la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, sino en forma parcial y arbitraria.**

Refiere que él solicitó condena a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y que se lo declarara reincidente, y la jueza, si bien tuvo por acreditada la existencia del hecho, no dio por probada la autoría del imputado, al considerar que se plantea una situación de duda.

Relata que la sentenciante ha dicho que los indicios usados por la acusación son insuficientes y anfibológicos, y que no tienen el peso suficiente para el dictado de una sentencia de condena.

Se funda en que en los allanamientos no se encontró la moto ni la res furtiva, que el casco negro y la campera igual a la que usó el autor del hecho, son elementos de venta masiva y que pueden ser usados por distintas personas.

También, que el hallazgo de elementos aptos para cortar la linga que aseguraba la bicicleta, no puede ser considerado un elemento de cargo, ya que al decir el imputado que es albañil, la existencia de dos tijeras de corte y un alicate puede obedecer a que son herramientas de trabajo.

Aduce el quejoso que la juzgadora ha omitido que esos elementos deben ponderarse de manera conjunta, ya que el hecho se encuentra filmado, el imputado estaba en posesión de la motocicleta que fue filmada en el momento del hecho, tenía en su poder la misma campera y casco y se encontraron elementos que sirven para llevar a cabo el apoderamiento.

Además, destaca que el primer allanamiento se produjo doce días después del hecho, por lo que pudieron deshacerse de la bicicleta.

Por su parte, señala que la campera se encontró adentro del placard donde duermen el imputado, su pareja y sus hijos, y que nada indica que el placard del imputado fuera de uso de todos los otros presentes en el lugar. Por lo expuesto, solicita que se anule la sentencia.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación oportunamente interpuesto por el fiscal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4) CPP).

En efecto, la exigencia de motivar las sentencias tiende a asegurar la recta administración de justicia, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente (**L.S. 299-104, entre otros**), surgiendo este imperativo de la adopción de la forma republicana de gobierno, en tanto exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano.

Ello, porque los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado y, en consecuencia, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus resoluciones.

Sólo así, la ciudadanía tiene la posibilidad de conocer el fundamento de ellas. Además, dicho imperativo se desprende de la garantía innominada del art. 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa como

derivación lógica de los derechos de defensa y debido proceso consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el dictum debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión sobre cada una de las cuestiones planteadas.

En la especie, la juzgadora no cumplió con el art. 416 inc 4) CPP. De tal modo, omitió considerar los elementos reunidos, a la luz de las normas de la sana crítica racional y basó la absolución, en algunos aspectos que no son decisivos.

En este orden de ideas, carece de dirimencia, que en los allanamientos realizados en la casa donde habitaba el acusado, no hayan encontrado la moto dominio 614 JXC que se observa en el registro fílmico, ni la bicicleta sustraída.

Más aún, si se tiene en cuenta que el primer allanamiento fue efectuado recién doce días después del robo, lo que implica, en el supuesto que hubiera sido el autor, que a esa altura ya las habría ocultado en otro lugar. Tampoco resulta decisivo a esos mismos efectos, que sea de venta masiva, la campera igual a la que vestía el conductor de la moto, que fue hallada en el ropero del acusado.

También se secuestró, un casco negro con una inscripción, no pudiéndose constatar ante la falta de claridad de los fotogramas, que sea la misma que la inserta en aquél que llevaba puesto el día en que se cometió el delito en trato, quien conducía la moto, tal como señala la a quo.

O sea, los dos cascos negros tenían una inscripción blanca, no emergiendo de lo hasta acá desarrollado, la relevancia de que no se haya podido determinar la identidad total entre ambos.

A esto se suma el hallazgo y posterior secuestro de dos tijeras de corte y un alicate, dentro de una mochila negra, herramientas aptas para cortar la cadena que sujetaba la bicicleta sustraída.

Asimismo se encontraron el título de propiedad de la moto y su boleto de compraventa, en el que figura como adquirente la pareja del acusado, no habiéndose probado que ella, a su vez, hubiera enajenado el rodado.

Por lo tanto, la alegación de la defensa en el sentido que la tenencia de esos instrumentos no conlleva necesariamente su posesión, o que no se probó que ese día su pupilo condujera la moto, no configura más que una abstracción, sin relación con la causa.

Más aún, si se considera que todos esos objetos fueron encontrados en el primer sector del inmueble, en la habitación que compartía el acusado con su pareja, algunos dentro del placard de la misma, no habiendo sido objeto de prueba que los otros dos hombres adultos que estaban en el domicilio cuando se llevó a cabo el allanamiento y aprehensión de Gómez Lucero, utilizaran la campera y el casco que estaban en el placard del acusado, ni la moto.

Dicho en otras palabras, la presencia de otros adultos en el lugar al momento del allanamiento, en una vivienda que según el acta que instrumenta esa diligencia, se encontraba dividida en sectores, no autoriza a presumir, como hace la a quo (fundamentos, fs. 296) que otros sujetos de similares características a las del acusado, entre ellos su hermano que, por otra parte, estaba preso a la fecha de los hechos, pudieran hacer uso de esos objetos.

De tal forma, reglas tan básicas como las de la experiencia común, que enseñan que en la generalidad de los casos a un vehículo lo usa quien lo compra o su pareja, contradicen ese razonamiento de la a quo, no surgiendo de autos otra alternativa, que desvirtúe esta aserción.

Por ende, no hay razones serias que lleven a pensar en una excepción a dicha regla, tal como hace la sentenciante: «[...] **tampoco podría inferirse de modo unívoco que la persona que conducía la moto el día del hecho fuera [...]**» el acusado, y que «[...] **una campera y un casco pueden ser utilizados por distintas personas [...]**» (fundamentos, fs. 296). En este punto conviene recordar que **el juzgador debe resolver sobre la base de las pruebas incorporadas, y no de posibilidades surgidas de la imaginación de las partes.**

Sin embargo, este análisis prescindente de probanzas, se repite al abordar el secuestro de las herramientas de corte.

Al respecto, la experiencia común indica que un alicate y dos tijeras de corte no sólo sirven exclusivamente en tareas de albañilería, sino que son instrumentos aptos para separar la bicicleta del semáforo, dañando la linga que la aseguraba, porque esas herramientas no son distintivas del oficio de albañil –justificación que esgrime la a quo–, como sí lo son un balde, un fratacho, una cuchara, una plomada.

En consecuencia, el contexto en que fueron encontradas: guardadas en una mochila, escondida en un placard de la habitación del encartado, impide confirmar la categórica aserción de la juzgadora, en el sentido que esos objetos por sí solos, constituyan las herramientas de trabajo de un ayudante de la construcción, erigiéndose en motivo válido de su absolución.

Por otra parte, la sentenciante se contradice, cuando funda la absolución en que el representante del Ministerio Público Fiscal «[...] no ahondó en la acreditación de la convergencia intencional entre el sujeto que se desplazaba en la moto y el que se fue en la bicicleta de la víctima», toda vez que en el mismo párrafo, reconoce que «[...]Si bien la actitud de ambos indicaría que actuaron coordinadamente, se trata de un extremo sobre el que no existió argumentación por parte del fiscal» (fundamentos, fs. 295).

O sea, no se entiende qué honda argumentación le reclama al fiscal, si pudo deducir de conjeturas exteriores –la actitud, la manera de obrar de los sujetos–, la coordinación entre ambos que menciona. Dicho en otras palabras, la jueza debió ponderar adecuadamente que «[...] la actitud de ambos indicaría que actuaron coordinadamente [...]», en lugar de absolver porque a su entender, el fiscal «[...] no ahondó en la acreditación de la convergencia intencional [...]» (fundamentos, fs. 295 vta.).

En definitiva, surge de lo hasta acá desarrollado, que se podría haber arribado a otra decisión, en la hipótesis que se hubiera valorado la prueba colectada de conformidad con los lineamientos dados por este Cuerpo, con relación al principio de unidad de la prueba.

Así, se ha dicho que este principio «[...] se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), tal como sostengo desde mi desempeño como Juez de la Segunda Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción (expediente «Ramírez Terán», entre otros, resolución confirmada por esta Sala).

Por lo tanto, y habiendo mantenido el recurso el señor Procurador General, corresponde anular el debate y la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal a fs. 301/306 vta. y, en consecuencia, anular el debate y la sentencia N° 1167, debiéndose remitir los obrados al tribunal de origen a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 301/306 vta. por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos.

2.- Anular el debate y la sentencia N° 1167, debiéndose remitir los obrados al tribunal de origen a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 27 de septiembre de 2021.-

29- LENA LACOSTE. 30-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	AI	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=528>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 2, 414 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma blanca. Absolución. Beneficio de la duda. Recurso de Casación. Nulidad del debate. Nulidad de la sentencia. Acta jurisdiccional válido. Sana crítica racional. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** absolvió a Franco Agustín Lena Lacoste del delito de robo agravado por el uso de arma blanca.

El **Ministerio Público Fiscal** interpone recurso de casación contra la sentencia que absolvió a Franco Agustín Lena Lacoste, por entender que existen vicios in iudicando como in procedendo.

El **Procurador General** mantiene el recurso de Casación.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos, y en consecuencia anular la sentencia impugnada, sus fundamentos y el debate realizados en autos

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1082, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros.
- Pérez Martín. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf

Parágrafos destacados.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente.

(B.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05339320-3/1((018601-67042)) FC/ LENA LACOSTE, FRANCO AGUSTIN Y CARRIZO BARRIENTOS, CRISTIAN GABRIEL POR ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105508714*

En Mendoza, a los treinta días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05339320-3 caratulada “F. C/ LENA LACOSTE, FRANCO AGUSTÍN Y CARRIZO BARRIENTOS, CRISTIAN GABRIEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El representante del Ministerio Público Fiscal formula recurso de casación contra la sentencia N° 1082 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial por cuanto absolvió a Franco Agustín Lena Lacoste del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (art. 166, inc. 2, primer párrafo del CP) que se le atribuía en los presentes autos N° P67.042/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada rechazó un planteo de nulidad de la acusación formulado por la defensa, con base a la fecha del hecho y las variaciones en cuanto a la descripción del suceso y absolvió, por el beneficio de la duda, al acusado Lena Lacoste. El hecho atribuido, según la requisitoria fiscal de citación a juicio, es el siguiente: «[e]l día 17 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 01.30 horas, CRISTIAN GABRIEL CARRIZO BARRIENTOS y FRANCO AGUSTÍN LENA LACOSTE circulaban a bordo de una moto marca Honda 150 cc. dominio 283-KXL, y al llegar a una parada de micro ubicada en Ruta 60 y Ozamis de Lunlunta, Maipú, Mendoza, detuvieron su marcha. En ese momento interceptaron al ciudadano Sergio Nicolás Alaniz Molina quien se encontraba en el lugar. Inmediatamente, CRISTIAN GABRIEL CARRIZO BARRIENTOS, quien circulaba de acompañante, descendió de la moto y previo exhibirle al ciudadano Sergio Nicolás Alaniz Molina una navaja retráctil con mango marrón de unos veinticinco centímetros aproximadamente, se apoderó de un celular marca Motorola modelo Moto E, color negro, sin funda, con abono de la línea Claro número 2616012514 y fondo de pantalla con la imagen de una hinchada de Boca Juniors, mientras FRANCO AGUSTÍN LENA LACOSTE se encontraba al mando de la moto en que ambos circulaban. Inmediatamente después, CRISTIAN GABRIEL CARRIZO BARRIENTOS y FRANCO AGUSTÍN LENA LACOSTE se dieron a la fuga a bordo del vehículo mencionado y con el teléfono sustraído» -v. fs. 175 y vta.-.

2.- Recurso de casación

La impugnación planteada se funda en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por considerar que la decisión adolece tanto de vicios in iudicando como in procedendo.

Afirma que la decisión incurrió en un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de las pruebas, apartado de la sana crítica racional. Señala que el juez interviniente desacreditó el testimonio de la víctima y encontró veraz el descargo del acusado injustificadamente. Cuestiona el descreimiento de la versión de la víctima cuando debió descreer del acusado, pues si bien deben evacuarse las citas en referencia al acusado, ello no implica creer lisa y llanamente «como por arte de magia», en base a razonamientos personales sin base científica. Destaca cinco puntos de la declaración del acusado que debieron analizarse: i) que dijo que estaba en la casa de un amigo, «Enzo», que vivía en el Barrio Brandi; ii) que esa misma noche conoció al coimputado en una reunión, que como debían ir a comprar, él ofreció su moto; iii) que llegó a una esquina y vio que pasaba una persona; iv) que su acompañante se bajó y le quitó dinero y el celular a ese sujeto; y v) que se fueron y luego lo paró la policía.

Por otra parte, identifica tres razones por las cuales el juez a quo **desacreditó a la víctima**: i) que primero señaló que la moto pasó y luego se volvió hacia él, pero después dijo que pasó la moto y el de atrás se bajó; ii) que no aclaró el lugar donde se detuvo la moto y esperó el acusado, ni el tiempo entre el aviso a la policía y la aprehensión de los sospechosos; y iii) que en el debate dijo «creer» que el arma empleada fue un cuchillo, luego describió una navaja de 15 cm, pero en el acta de secuestro dijo de 25 cm. La valoración probatoria consideró que, aunque no existía animosidad ni enemistad, faltaron corroboraciones periféricas y persistencia.

El recurrente cuestiona, en primer lugar, que no se valorase que la víctima dijo que Lena Lacoste se quedó en la moto esperando al otro que se subiera y se fueran.

Luego objeta que el juez creyera en la versión del acusado, sin dudar sobre el domicilio o las personas que habrían concurrido, ni el motivo de la reunión; si había negocios cerca donde comprar vino como afirmó; si llevaban dinero; si es fácil o no saltar de una moto en movimiento; o si es plausible ofrecerse a conducir por vino sin conocer al acompañante; cuestiones que debió analizar con el mismo rigor con el que escrutó la declaración de la víctima.

El impugnante agrega motivos para cuestionar las razones del juez a quo para desacreditar el testimonio de la víctima: señala que no evaluó el tiempo transcurrido desde el hecho –cuatro años–; el trauma que le causó el hecho; que no es posible exigir precisión sobre el lugar donde se detuvo la moto sin considerar que la víctima era amenazada con un arma; que cuestionó la falta de certeza de la víctima sobre el tiempo que demoró en dar aviso a la autoridad; y, que la inconsistencia en el largo del cuchillo –15 o 25 cm– depende de la percepción subjetiva del ser humano y no es determinante para restarle valor a la declaración de la víctima, que aportó un dato aproximado.

En otro orden, afirma el recurrente que la valoración de la prueba fue tendenciosa en favor del acusado, pues señaló que faltaban datos periféricos que acreditaran la existencia del hecho, sin valorar que los acusados fueron capturados en la moto descrita por la víctima, con la vestimenta señalada, en poder del celular sustraído y con el arma blanca empleada. Incluso omitió valorar que Carrizo Barrientos fue condenado en un juicio abreviado donde reconoció el hecho.

Las imprecisiones de la víctima son razonablemente producto del olvido y el magistrado forzó la existencia de duda a pesar de que el hecho materialmente existió. Refiere que el juez fundó la decisión de manera absurda y en su íntima convicción o voluntarismo, doblegado por la juventud, «rostro angelical» y falta de antecedentes criminales del acusado.

Solicita se case la sentencia y condene al acusado a la pena de 5 años de prisión solicitada por la Fiscalía, o se remita la causa para la realización de un nuevo juicio. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de expedirse sobre la impugnación, el Procurador General se remitió al escrito recursivo (fs. 412).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, se adelanta que –por los motivos que en lo sucesivo se expondrán– corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos.

A efectos de fundamentar la decisión anticipada, en primer lugar repasaré los fragmentos de la sentencia que fueron decisivos para sostener la resolución impugnada (i) y, posteriormente, explicaré por qué los cuestionamientos que efectúa el recurrente demuestran **vicios de fundamentación** que conducen a la anulación de la resolución (ii). i.- La decisión del juez del Primer Tribunal Penal Colegiado de absolver por el beneficio de la duda a Franco Lena Lacoste del robo agravado por el uso de arma blanca que se le atribuyó fue producto de considerar que la prueba ofrecida por la acusación no logró refutar la teoría del caso aportada por acusado.

En este orden, el juez repasó la declaración de Franco Lena Lacoste, quien «en forma sucinta expresó lo siguiente. Que ese día estaba en la casa de un amigo, Enzo (ofrecido como testigo, que fuera posteriormente desistido para no prolongar más el juicio) donde se habían reunido a tomar algo y llegó un muchacho que no conocía que quería comprar vino (que luego fuera también acusado por estos hechos), y que le dijo que tenía moto y lo llevaba.

Que dieron vueltas y al llegar a una esquina, vio que viene un sujeto y su acompañante se bajó de la moto. Que [...] pensó que iba a asustar a un amigo, pero le sacó la plata, el teléfono y se metía la mano debajo de la campera y no sé si tenía una punta. Que estaba detenido con la moto en marcha y su compañero volvió, se subió y le dijo que arrancara y se fueron. Como no supo qué hacer en esta situación, que fue un momento muy confuso y lo sorprendió porque nunca le había pasado algo así.

Más tarde fueron parados por la policía y los llevaron aprehendidos. Negó tener conocimiento que el otro sujeto quería robar; negó saber que tenía un arma, y negó en definitiva toda relación con el delito» (fundamentos, fs. 348 vta.). Luego el juez señaló que, ante la falta de testigos, era menester estudiar la declaración de la víctima por ser el suyo el único testimonio disponible.

En este orden, distinguió aspectos de los dichos de la víctima que presentaban diferencias con la declaración inicial pero que podía comprenderse que se debieran al paso del tiempo: a) si la moto pasó y se volvió, o tan solo frenó y uno de sus ocupantes se bajó; b) dónde se detuvo la moto y si su conductor miraba el suceso; c) el tiempo transcurrido entre el hecho, el aviso a la Policía y el momento de la aprehensión; y d) el tipo de arma empleada.

Al respecto, explicó que los primeros dos puntos son relevantes porque permiten probar si el acusado sabía por qué se bajaba su acompañante (fundamentos, fs. 349/350).

Posteriormente identificó las premisas fácticas del razonamiento seguido por la acusación para considerar que Lena Lacoste era coautor del suceso: que este frenó al ver a la víctima, que se quedó esperando a su acompañante, y que se dio a la fuga velozmente. El fiscal concluyó que «el imputado marcó a la víctima y que sabía del robo» (fundamentos, fs. 350).

Por último, el juez a quo explicó los motivos por los cuales entendió que la acusación no logró refutar la versión del acusado.

En este orden, y luego de señalar que «[e]l descargo efectuado, en la medida en que no sea un relato fantástico (no lo es en esta causa), debe ser controvertido, refutado o desmentido por la acusación» y de destacar el derecho del acusado a declarar en cualquier etapa del proceso, afirmó que «[n]o hay un elemento probatorio objetivo, que autorice a sostener que el imputado marcó a la víctima y que sabía que iban a robar. [Esa] [e]s la interpretación personal del Fiscal, sobre cómo sucedieron los hechos. De igual modo, [la afirmación según la cual] el imputado miente al decir que no conocía al otro sujeto. Considera intrascendente que quien se baja a robar se ocultaba con un pañuelo, no obstante tener puesto el casco a diferencia del conductor de la moto (el acusado) que llevaba casco pero no se cubría con ningún pañuelo» (fundamentos, fs. 350 vta./351).

A criterio del magistrado, la falta de pañuelo en el conductor corrobora su descargo e impide exigirle una conducta distinta.

Sobre el valor del **juicio abreviado al que arribó el acompañante**, señaló que no podía admitirse ninguna prueba producida en otro proceso en el cual la defensa del ahora acusado no haya podido intervenir, y que en la aceptación del procedimiento de juicio abreviado también influyen razones personales de cada acusado (fundamentos, fs. 351).

Concluyó que lo nuclear de lo discutido en esta causa era el conocimiento del acusado del robo de su acompañante y que las pruebas aportadas no lograban acreditarlo.

Descartó la posibilidad de tener por probado ese conocimiento a partir de la prueba de la existencia material del robo.

Y señaló, finalmente, que el **derecho a ser oído** es el punto central del derecho de defensa en juicio y, en tanto no fuera refutado por la acusación, «lo declarado por el imputado debe ser considerado cierto, real, concordante y coherente con los demás elementos de prueba [...] [siempre que] no sea una explicación ilógica, fantástica o imposible» (fundamentos, fs. 351 vta.).

ii.- En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (**L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros**).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por la recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, por prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4 del CPP.

Así, entiendo que el tópico del presente recurso se circunscribe a la arbitrariedad de la fundamentación de la decisión impugnada. El núcleo argumental de la resolución impugnada asentó la absolución de Franco Agustín Lena Lacoste en las inconsistencias de la declaración de la víctima, que a su juicio del magistrado de la instancia previa impidieron superar el estándar probatorio necesario para acoger la acusación y desestimar la teoría del caso provista por la defensa.

A mi juicio, **la secuencia argumental realizada por el Tribunal no se asienta sobre una valoración probatoria conforme a la sana crítica racional, por lo que la sentencia es nula** a tenor de lo dispuesto en el art. 416 inc. 4 del CPP.

Al respecto, debe señalarse que esta Suprema Corte de Justicia ha señalado con anterioridad, respecto del modo en que debe llevarse a cabo el mérito de la prueba, que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla **la consideración de la prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. «**Pérez, Martín**»).

En el caso que nos ocupa, la versión de descargo sostiene que el acusado no conocía a la persona que trasladaba en su moto, como así tampoco conocía su plan de robar a un ciudadano que esperaba en una parada de colectivos, y que –como no se percató del robo que su acompañante cometió– no fue consciente de que la moto que él conducía fue empleada tanto para cometer el delito como para huir del lugar del hecho. Sobre esa versión, el juez afirmó que **en tanto no se tratara de una explicación ilógica, fantásica o imposible, lo declarado por el acusado debía ser creído** (fundamentos, fs. 351 vta.).

El argumento se cierra con la valoración probatoria de dos pruebas más.

Por una parte, la declaración de la víctima, que a juicio del Tribunal contenía inconsistencias sobre la dinámica de los hechos –al respecto, véase el apartado anterior– que impedían considerarla una prueba que desmintiera la posición de la defensa.

Por otra parte, con la circunstancia de que el acompañante de Lena Lacoste haya circulado con un pañuelo para cubrirse la cara y éste sólo con su casco, sin cubrirse «más» la cara.

En base a ello, el juez concluyó que el consorte del acusado tenía dolo de robar, pero que esto no podía predicarse respecto de Lena Lacoste.

Ahora bien, sin perjuicio de las numerosas críticas que efectúa el recurrente, encuentro decisivo para la solución del caso el hecho de que –a mi juicio–, las dos pruebas centrales han sido erróneamente valoradas.

En relación con el hecho de que sólo Carrizo Barrientos –el acompañante de Lena Lacoste al momento del hecho– haya portado un pañuelo en la cara –además del casco– con el objeto de cubrirse al ejecutar el robo, debo señalar que, por sí solo, este extremo no tiene valor probatorio de descargo. El tribunal ha considerado erróneamente que esta circunstancia refuerza la teoría del caso de la defensa.

Sin embargo, este extremo también podría ser interpretado en beneficio de la acusación, como demostrativo de un acuerdo entre los dos acusados para cometer el robo de manera organizada, de modo tal que quien se bajara de la moto a enfrentar a la víctima estuviera más cubierto.

Por otra parte, también existe una interpretación neutral de ese hecho: que como ambos circularían con cascos de moto puestos, ninguno de ellos sería fácilmente reconocible, independientemente de cubrirse con un pañuelo. En ese escenario, que uno de los intervinientes empleara el pañuelo es irrelevante.

Ninguna de estas consideraciones ha sido tomada en cuenta por el tribunal de la instancia anterior, que sostuvo de manera acrítica que ese hecho reforzaba la versión de la defensa.

A este primer vicio de fundamentación se agrega otro, relativo a la valoración del testimonio de Sergio Nicolás Alaniz Molina.

En este aspecto, el tribunal le restó valor a su declaración en función de sus dichos en torno a si la moto pasó y se volvió, o tan sólo frenó y uno de sus ocupantes se bajó; en dónde se detuvo precisamente la moto; si su conductor miraba o no el suceso; el tiempo transcurrido entre el hecho, el aviso a la Policía y el momento de la aprehensión y los detalles concretos sobre el arma empleada.

Si bien el tribunal tuvo en cuenta que el paso del tiempo podía explicar las inconsistencias en que incurrió Sergio Nicolás Alaniz Molina, lo cierto es que las inconsistencias en sí mismas no tienen la decisividad que les adjudica el tribunal.

En primer lugar, porque no tienen relevancia para acreditar la existencia material del robo la que, incluso, está implicada en la teoría del caso de la defensa.

En segundo orden, debido a que tampoco se trata de extremos decisivos para determinar si existió dolo en el comportamiento del acusado, como afirma la sentencia.

Este apartamiento por parte del tribunal de la instancia anterior de las reglas de la sana crítica racional, llevan a la anulación de la resolución cuestionada.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada, por lo que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: En virtud de las razones expuestas corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos, y en consecuencia anular la sentencia impugnada, sus fundamentos y el debate realizados en autos (art. 474 inc. 2 y 486 del CPP); debiéndose remitir los obrados al tribunal de origen a fin de que

la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el Tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos, y en consecuencia anular la sentencia impugnada, sus fundamentos y el debate realizados en autos (art. 474 inc. 2 y 486 del CPP).

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a fin de que la OGAP practique el sorteo tendiente a determinar el Tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

30- CORONEL MONTENEGRO y ots. 06-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	B	-	-	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211006_FcCoronel.pdf

Lex: Art. 167, inc. 2° del CP. Art. 2, 414, 392 del CPP.

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Declaración espontánea del imputado en el acta de procedimiento. Valoración de la prueba. Absolución. Beneficio de la duda. Hecho diverso.

Summa:

El **TPC** resolvió absolver a los imputados del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP) por el beneficio de la duda.

El **Ministerio Público Fiscal** interpone recurso de casación. Analiza la valoración de la prueba, a la que juzga parcial y arbitraria. Afirma que el juez no da las razones por las cuales se descartó la prueba de cargo. En segundo lugar, entiende errado afirmar que la aplicación del instituto del hecho diverso corresponde al fiscal. A tal efecto transcribe el art. 392 del CPP pues es el tribunal quien debe dar trámite al mismo cuando advierte la situación mencionada. Entiende que es el juez quien ha omitido cumplir con la manda legal sin haber declarado su inconstitucionalidad. Refiere así que el juez no dio razones ni realizó un control de constitucionalidad y convencionalidad que justifiquen su inaplicabilidad resultando arbitraria su decisión. Por ello concluye que en razón de que nuestra legislación prevé un instituto que permite modificar la base fáctica siempre y cuando así lo comparta el Ministerio Público sin afectar el derecho de defensa del imputado, la decisión del tribunal deviene infundada y arbitraria pues omite su aplicación sin motivar la misma por lo que solicita se revoque la resolución cuestionada

El **Procurador General** entiende que debe mantenerse el recurso articulado por la fiscalía.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia anular el debate, la Sentencia N° 1.329 y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1329., pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Escudero Benito. 21-12-84
- Cirrincione Pedro. 07-03-78
- 354-218
- 392-94
- 397-177

- 183-188
- 202:001
- 269-234

b-CIDH

- “Fermín Ramírez vs. Guatemala. 20-06-05:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05514735-8/1((018602-16116)) CORONEL MONTENEGRO CRISTIAN ALBERTO, MENDEZ LUCAS MATIAS, VARAS ROMERO EMILIANO DAMIAN P/ ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105696329*

En Mendoza, a seis días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05514735-8/1 caratulada “F. C/CORONEL MONTENEGRO, CRISTIAN ALBERTO; MÉNDEZ, LUCAS MATÍAS Y VARAS ROMERO, EMILIANO DAMIÁN P/ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 83/92 la señora Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 24 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos agravados, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.329 de fecha 20 de noviembre de 2020 y sus fundamentos (fs. 74 y 76/78) del Tribunal Penal Colegiado N° 2, dictada en Sala Unipersonal. Esto por cuanto se absolvió a los acusados Cristian Alberto Coronel Montenegro, Lucas Matías Méndez y Emiliano Damián Varas Romero del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, la sentencia cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, en lo pertinente para resolución del recurso interpuesto, resolvió absolver, por el beneficio de la duda a los imputados Lucas Matías Méndez, Cristian Alberto Coronel Montenegro y Emiliano Damián Varas Romero por el delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP) que se le atribuye en autos N° P-16.116/20 (art. 2 y 414 del CPP). Al respecto, debe tenerse en cuenta que los hechos atribuidos a los acusados, según el requerimiento de citación a juicio, son los siguientes: «[el] 19 de febrero de 2020, momentos antes de las 18:30 horas, LUCAS MATÍAS MÉNDEZ, EMILIANO DAMIÁN VARAS ROMERO y CRISTIAN ALBERTO CORONEL MONTENEGRO ingresaron al domicilio ubicado en Barrio Jardines de Brandsen, manzana F, casa 09 de Perdriel, Luján de cuyo previo romper el vidrio de la ventana principal logrando sustraer del interior [diversos elementos] para posteriormente darse a la fuga a bordo de un vehículo marca Fiat Punto [...] con la res furtiva». El juez de sentencia, para llegar a su decisión, entendió que solo quedó acreditado el aspecto objetivo de la imputación, esto es la existencia material histórica del hecho que no constituía una cuestión controvertida y que surgió con claridad en el debate. Ello luego de haber valorado la prueba de conformidad a las previsiones de los arts. 206 y 409 del CPP, es decir las reglas de la sana crítica racional y sus postulados. En este sentido, señaló que el desacuerdo entre las partes se centró en la autoría de los acusados y la contundencia del material probatorio que acreditaba este extremo y agregó que el único indicio de cargo existente es haberlos encontrado con la res furtiva. Este indicio, señaló, deviene de carácter anfibológico por razones temporales –existe un lapso de tres horas en que el hecho pudo cometerse–, las circunstancias en que se produjo la aprehensión, así como por la debilidad del resto de los elementos probatorios existentes. Todo ello, no permitía tener acreditada

la autoría de manera concluyente. Específicamente, al analizar estas circunstancias concluyó que encontrarlos a los acusados con la res furtiva permite concluir que en esa franja horaria recibieron los objetos, pero no afirmar, con certeza, su vinculación con la sustracción de los mismos. Por su parte, agregó que existía un obstáculo procesal y constitucional para ser vinculados con el delito de encubrimiento por cuanto el hecho no coincidiría con el contenido de la acusación. De otra manera, existía una flagrante violación al principio de congruencia dada la diferencia de estructura típica de ambos delitos. Asimismo, se configuraría una violación al deber de imparcialidad del juzgador, colocando en estado de indefensión a los acusados. En todo caso, destacó el juez, la fiscal debió novar la acusación a través del instituto del art. 392 del CPP.

2.- El recurso de casación

La fiscal, titular de la Fiscalía de Instrucción Nº 24 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos agravados, formula recurso de casación a fs. 83/92 contra la sentencia arriba individualizada. Ello, con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP. Alega violación de los arts. 206, 411 y 416 inc. 4 y cc. del CPP al no haber valorado el juez de la instancia previa la prueba conforme las reglas de la sana crítica racional. Asimismo, de los arts. 155 y 416 inc. 4 del CPP al no fundamentar la no aplicación del instituto del hecho diverso previsto por el art. 392 del CPP que surgiera en el debate. Efectúa reseña de los fundamentos de la sentencia, y comienza su análisis respecto de la valoración probatoria, a la que juzga parcial y arbitraria con cita de doctrina al efecto. Afirma que el juez no da las razones por las cuales descartó la prueba de cargo y ponderó como indeterminación horaria una franja de tres horas, cuando ésta es de dos horas desde el retiro de la víctima de su domicilio hasta la aprehensión de los acusados. Del mismo modo en cuanto a las diferencias del automóvil avistado por el vecino Rojas. En relación con éste, menciona que declaró al día siguiente del hecho y luego nueve meses después en el debate, pero el juez no valoró que afirmó ver varios vehículos, pero sólo uno gris, un Fiat Palio frente al domicilio de la víctima, del que se bajaron dos sujetos, tocaron timbre. Si bien fueron aprehendidos a bordo de un Fiat Punto, la confusión estaría justificada, a su modo de ver, dada la similitud de dichos modelos. Añade que no se valoró la vestimenta de uno de los acusados conforme el acta de visu de fs. 23 y tampoco que fueron aprehendidos a menos de un kilómetro del lugar del hecho y dentro del vehículo se hallaron todos los elementos sustraídos, mencionando para ello el acta de denuncia, el acta de secuestro y la de reconocimiento de bienes. Además, afirma que carece de lógica sostener que, en el transcurso de dos horas, autores ignorados ingresaron al domicilio de la víctima, sustrajeron numerosos bienes para luego entregarlos a otros sujetos quienes fueron finalmente aprehendidos. Sostiene que el juez no realizó una valoración racional de la prueba, la valora de forma parcial y entiende que los elementos probatorios producidos en el debate permiten arribar a la certeza necesaria para condena. En segundo lugar, entiende errado afirmar que la aplicación del instituto del hecho diverso corresponde al fiscal. A tal efecto transcribe el art. 392 del CPP pues es el tribunal quien debe dar trámite al mismo cuando advierte la situación mencionada. Entiende que es el juez quien ha omitido cumplir con la manda legal sin haber declarado su inconstitucionalidad. Afirma que, conforme al art. 148 de la Constitución de Mendoza, los jueces y tribunales deben resolver siempre según la ley y cita jurisprudencia de esta Corte. Refiere así que el juez no dio razones ni realizó un control de constitucionalidad y convencionalidad que justifiquen su inaplicabilidad resultando arbitraria su decisión. Del mismo modo cita el fallo "Fermín Ramírez vs. Guatemala" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y transcribe algunas de sus consideraciones, para afirmar que dicho tribunal no cuestiona la aplicación del instituto en orden a la imparcialidad del juzgador sino la aplicación incorrecta de las disposiciones legales que lo regulan y

afectan el derecho de defensa al no poder ejercer sus derechos. Por ello concluye que en razón de que nuestra legislación prevé un instituto que permite modificar la base fáctica siempre y cuando así lo comparta el Ministerio Público sin afectar el derecho de defensa del imputado, la decisión del tribunal deviene infundada y arbitraria pues omite su aplicación sin motivar la misma por lo que solicita se revoque la resolución cuestionada. En suma, por todo lo expuesto solicita se haga lugar al recurso impetrado y se anule la sentencia atacada y resuelva conforme los arts. 203 y 204 del CPP.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 99 de este legajo, mantiene el recurso articulado por la fiscal de la Fiscalía de Instrucción Nº 24 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos agravados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, debo adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, corresponde hacer lugar a la impugnación impetrada. De manera preliminar, corresponde señalar que esta Sala, en sus diferentes integraciones, ha sostenido reiteradamente que es atribución del tribunal de casación dar tratamiento al motivo casatorio que mejor convenga a la solución del caso.

Ello así por cuanto la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188, 202.001; 269-234, entre otros).

En este orden considero que resulta procedente el recurso interpuesto debido a que se constatan en la sentencia cuestionada vicios respecto de la valoración de la prueba, particularmente con relación a la falta de acreditación del aspecto vinculado con la autoría en el hecho de los acusados. Esta falencia de motivación impide que dicho acto sentencial pueda ser considerado un acto jurisdiccional válido, razón por la que adolece de falencias tales que ameritan su anulación.

Esto de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Sala según la cual para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Efectivamente como sostiene el juez de sentencia el aspecto objetivo del hecho se halla debidamente acreditado. Esto es que el 19 de febrero de 2020, en el domicilio de la víctima, B° Jardines de Brandsen, manzana F, casa 9 de Luján, entre las 15:30 y 19:00 horas, diversos sujetos rompieron con una piedra – hallada en el interior de dicho domicilio– el vidrio de la ventana principal, ingresaron y sustrajeron varios elementos. Con posterioridad, los mismos fueron hallados en poder de los acusados. La discusión se centra en la intervención, lo que a su vez lleva a poner en duda el delito por el cual el hecho resultó elevado a juicio, robo agravado por resultar en poblado y banda.

Dos son los testimonios que se han valorado. Uno, el de la víctima, que no se encontraba en su domicilio y que dio cuenta de la existencia del hecho en cuanto a la modalidad –la rotura de un vidrio para su ingreso– así como de los elementos sustraídos.

Para ello baste la lectura de la denuncia de fs. 1/2 de los autos originales y de su testimonial en el debate. El resto de los elementos aportados fueron manifestaciones que éste recibiera del vecino González que, en forma directa, tampoco fue testigo del hecho delictivo en sí.

Vamos entonces a los elementos que fueron considerados de cargo por el Ministerio Público Fiscal. Afincó la fiscal la acusación principalmente en el testimonio de González que advierte un auto de color gris frente

al domicilio de Retamales del que se bajaron dos sujetos y uno de ellos tocó el timbre; el hallazgo de los acusados con la totalidad de la res furtiva y en un auto gris; la franja horaria en que el hecho aconteció en relación con la aprehensión –de dos horas afirma en el recurso– y, la proximidad de lugar de la aprehensión distante a solo mil metros.

A ello suma el testimonio de la víctima para determinar el horario de comisión del hecho y la similitud de la vestimenta de uno de los sujetos con el avistado por el vecino. Por su parte, Matías Gabriel Retamales sostuvo en el debate acerca del día del hecho, «[...] yo salí, vine al hospital porque mi mamá estaba internada, volví con mi hermano que vive en La Pampa como a las cuatro o cuatro y media, no recuerdo, a almorzar en la casa, lo traigo a la Terminal, vuelvo hacia Luján, tenía que pagar unas cuentas, volví seis y media, siete. Cuando entro a mi domicilio, estaba el vidrio roto, abro la puerta, faltaba el equipo de música, no quise tocar más, llamé a la policía [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:13:20 en adelante).

A preguntas de la defensa acerca de la hora en la que habría almorzado, indicó, «[...] tres y media, cuatro, cuatro y media, y de ahí fueron a la terminal porque su hermano tenía colectivo cinco y media, seis [...] De vuelta paso por un Pago Fácil en Luján y habré tardado media hora más o menos, llegando entre las seis media o siete» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:21:35 en adelante). También sostuvo que «[...] recuperé las cosas a los dos o tres días [...] recuperé todo [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:15:55 y ss.; 00:19:00 y ss.).

Téngase también en cuenta que, en la denuncia, instrumental debidamente incorporada, Retamales afirma haberse retirado a las 15:30 hs. y regresado a las 19 hs. (ver fs. 01/02) y en el acta de procedimiento de fs. 06/07, el regreso consignado es las 19:30 hs. Si bien en éste se detalla que se retiró a las 18 hs., lo que efectivamente debe haber obedecido a un error de transcripción y que estas imprecisiones son absolutamente aceptables en la consecución de las tareas cotidianas, más luego de haber sido víctima de un hecho delictivo, sí aporta elementos de juicio para establecer, dada la contemporaneidad de estos dichos al hecho, el rango horario, que ronda siempre las tres horas.

Surge claro del testimonio de Retamales que el rango de comisión del hecho sería de tres horas, aun cuando la fiscal afirme que son dos en el recurso articulado, conforme sus horarios tanto de salida como de regreso a su domicilio que oscilan entre las 15:30, 16 hs. hasta las 18:30, 19 hs. Asimismo, los acusados fueron aprehendidos a las 18:30 hs. como se indica en el acta de procedimiento de fs. 6/7, y las actas de aprehensión de fs. 11/13, en las se coloca 18:40 hs. Consta también que la recuperación de la res furtiva fue total (ver acta de secuestro de fs. 20, documentación de fs. 77/81 y acta de entrega de bienes de fs. 82).

En cuanto a la distancia existente entre el lugar del hecho y la aprehensión de los sujetos, que el propio sentenciante estima de mil metros (ver fs. 77 vta. primer párrafo), la víctima sostuvo que cuando estaban los policías en sus domicilios le dijeron que los habían aprehendido en calle Olavarría, los tenían en la Comisaría y que eso está a cinco minutos de su domicilio (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:15:38 y ss.; 00:20:34 y ss.) y lo sostenido por la fiscal en sus alegatos acercándose al estrado mostrando distancia a través del Google Maps, menos de mil metros. Sin embargo, lo cierto es que el único elemento objetivo de dicha distancia surge del acta de procedimiento donde, luego de realizar ambos croquis –del lugar del hecho como del lugar de la aprehensión– puede leerse, «[s]e deja constancia que la distancia entre el domicilio de la víctima y el lugar de la aprehensión de los sujetos y secuestro de los elementos es de aproximadamente dos mil metros [...]» (véase fs. 7 vta.).

Ambos elementos, la franja horaria que determina el momento de comisión del hecho como la distancia al lugar, determinada por la aprehensión, oscilan entre las dos y tres horas, y los mil o dos mil metros.

Por último, he de detenerme en el testimonio de Rodríguez, que conlleva a analizar uno de los indicios de cargo más importantes que esgrime la fiscalía, el hallazgo de la totalidad de la res furtiva en poder de los acusados y a bordo de un auto de color gris. Juan González Rojas, vecino colindante de la víctima, refirió en su testimonio en el debate, con gran cantidad de detalles, la existencia durante la mañana de los hechos, desde las 09:30 hs., de tres vehículos que tildó de sospechosos. En particular, una van que vendía aparadores y espejos –aun cuando luego dijo que era común verla en otras oportunidades–, un auto negro y otro gris. Sostuvo así que «[e]n la mañana, tipo nueve treinta, diez, andaba un auto negro con tres personas que preguntaban quién vendía una bacha para cocina [...]».

Enfrente se para un Clío gris a la una y media, dos, aparece una Trafic al mediodía ya, vendían espejos, muebles, empiezan a cargar, andan caminando y se van [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:25:00 y ss.). Y continuó, «[o]tra vez aparece el auto gris a la casa de la esquina, se bajan dos sujetos del lado derecho [...] el conductor siempre en el auto, uno rengo, uno toca el timbre y de ahí no los vi más, el rengo se quedó en la vereda, yo miraba por la ventana [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:27:45 y ss.). A preguntas acerca del rodado y luego de lecturas autorizadas de la declaración rendida a fs. 47 en la investigación penal preparatoria manifestó, «[e]s un Palio gris, perdón, tiene razón [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:28:52 y ss.) y en cuanto al horario, «[l]o vi a las trece, trece treinta [...] me retiré a las dos, dos y media y vuelvo a las seis de la tarde» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:30:10 y ss.).

A nuevas preguntas y lectura de fs. 75 en el que había señalado que se trataba de las 15:30 hs. reiteró «[f]ue a las trece treinta aproximadamente porque a las catorce me retiro a trabajar, yo los vi a las trece treinta [...]» (ver registro audiovisual 19/11/2020, minutos 00:32:04 y ss.). Todas estas detalladas transcripciones me convencen, como al juez de la instancia anterior, acerca de la existencia del hecho, el que resulta acreditado y no fuera controvertido, pero, a diferencia de éste, no comparto que pueda concluirse, sin más, que nada de ello abona la autoría de los acusados en el apoderamiento.

Cierto es que no existieron testigos presenciales, toda vez que Rodríguez sólo puede aportar haber visto dos sujetos que descendieron de un auto de color gris y tocaron el timbre del domicilio de Retamales y luego se retiraron.

Ahora, ello puede y debe concatenarse con la circunstancia, que juzgo de importancia, de haber encontrado a los acusados con la totalidad de la res furtiva, a bordo de un rodado también de color gris, siendo efectivamente irrelevante el modelo –si se trataba de un Fiat Palio o un Fiat Punto–, pues ambos presentan características exteriores similares.

Por último, añado la fiscal en sus agravios, de manera acertada, otras dos circunstancias no valoradas. Una, la falta de explicación razonable sobre el origen de los elementos que los acusados portaban, la otra, la similitud en la vestimenta de uno de ellos. Respecto del primero, surge del acta de ratificación del procedimiento del Oficial Mauro Izu de fs.14/15, incorporada por acuerdo de partes y lo señala la Fiscal en su recurso, que, al serle preguntados por la procedencia de los elementos, Varas Romero afirmó que se había peleado con su novia y había ido a retirar sus pertenencias pero no recordaba cuál era su domicilio.

Téngase también en cuenta que sobre este aspecto no pudieron los acusados ser interrogados en tanto hicieron uso de su derecho a no prestar declaración durante el debate. Es cierto que todo acusado puede efectuar todo tipo de manifestaciones y en cualquier instancia procesal –en tanto derecho constitucional

a declarar o no, a que su silencio no pueda ser valorado en su contra, a formular o modificar sus declaraciones— y ello no es sino ejercicio de su derecho de defensa material y dicha decisión forma parte de su estrategia defensiva (art. 390 del CPP), ajena a la evaluación del tribunal.

Así me he expresado antes en el precedente «Prieto Franco y Alos Díaz» en ocasión de referirme al procedimiento de juicio abreviado aceptado por un coimputado y luego a las declaraciones prestadas por los imputados.

En el caso, dejemos claro también que dicha manifestación surge de la testimonial de uno de los actuantes —Izu— efectuada al momento de la aprehensión de los acusados, y al respecto ya tiene expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la «mera comunicación de un dato por el imputado al personal, policial en la medida que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal» (doctrina de Fallos 315:2505; 37:241; 317:956).

En esta línea, se entiende que las declaraciones espontáneas efectuadas por un detenido al personal policial no pueden ser consideradas violatorias del principio constitucional, sobre la base de que las constancias de la causa indiquen la ausencia de coacción y que, al momento de realizar una declaración judicial (en la declaración indagatoria o acto de imputación formal, por ejemplo), la persona detenida no denuncie en ese sentido. Nada de esto ha acontecido. Sin embargo y aun entendiendo que dichas manifestaciones, por ser dichas en un contexto de detención, deben ser evaluadas estrictamente y con sumo cuidado, la defensa de todos los acusados, en todas las intervenciones, durante la investigación penal preparatoria, en la audiencia de oposición y del mismo modo al alegar, han sostenido que nos encontrábamos frente a un delito de encubrimiento.

En consecuencia, si la Fiscal ha acusado y llevado a juicio por el delito de robo y lo propio hizo en el debate, y en contraposición la estrategia defensiva ha sido sostener la existencia del delito de encubrimiento, entiendo que aquella manifestación primigenia deviene un indicio más a evaluar al momento de determinar la responsabilidad de los acusados y ello ha de ser en forma cargosa a éstos.

Al efecto, es el juez quien debe valorar dicha declaración y las omisiones posteriores, tal como aconteciera en el caso, y la debe analizar en el contexto, la debe cotejar con el resto del material probatorio, omisión en la que éste incurre. En aquel contexto, la única explicación —inicial— brindada por Varas Romero acerca de la procedencia de la res furtiva se transforma en un mero indicio de mala justificación al cotejarla y omitir analizarla, fragmentando así la valoración. El segundo argumento, la vestimenta de uno de los acusados, no pudo ser contrastada con el acta de visu de fs. 23 del que surge que Coronel Montenegro viste una remera negra y un jogging gris, pues las respuestas al efecto de Rodríguez Rojas resultan inaudibles (ver registro audiovisual 19/11/2020, minuto 28 y ss.).

Todos estos elementos, la presencia de un auto gris frente al domicilio de la Retamales del que se bajan dos sujetos quedando otro en el interior al mando del vehículo dentro del rango horario en el que la víctima estaba ausente; la aprehensión de los sujetos en un auto del mismo color y similares características al avistado por el vecino; el hallazgo de la totalidad de la res furtiva en poder de los acusados y su falta de respuesta acerca del origen de dicho elementos, no me permiten aseverar, como lo hizo el sentenciante, que los indicios resultan anfibológicos, pues aun cuando admitan otras respuestas posibles, deben ser analizados en conjunto.

La articulación del testimonio de Rodríguez referido a la existencia de tres sujetos en un auto palio gris que tocaron el timbre en la casa de la víctima —indicio de presencia— con el hallazgo de la res furtiva completa en poder de los acusados, no tornan posible sostener la existencia de una duda razonable.

El sentenciante, considera a este último indicio –el hallazgo de la res furtiva en poder de los acusados– meramente anfibológico, pues lo relaciona con la amplia e inespecífica indeterminación del horario de comisión del hecho, la distancia de un kilómetro juzgada como fuera de las inmediaciones del domicilio y las diferencias ya apuntadas respecto del rodado avistado y, afirmó, incluso que la circunstancia de haber visto a dos sujetos tocado el timbre ni tan siquiera puede considerarse comienzo de ejecución del delito juzgado.

Al respecto debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimentos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes, Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (LS 388-219).

Asimismo, «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (LS 388-219).

Más recientemente este Tribunal ha referido que «[e]n relación a la apreciación de la prueba indiciaria, para que los indicios constituyan plena prueba es indispensable que sean plurales, graves, concurrentes y concordantes y, además, que las inferencias que los mismos otorguen, converjan hacia el mismo resultado, de manera que en conjunto merezcan plena credibilidad y le lleven al juzgador el absoluto convencimiento sobre el hecho investigado. De este modo, si del estudio comparativo quedan en pie los indicios, porque resultan descartados los contra indicios, con la ayuda de la lógica y de acuerdo con las normas de la sana crítica, se podrá adoptar la conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios conduce unívocamente a producir la certeza sobre la existencia del hecho investigado» («Ortíz Morel», LS 559-160).

En definitiva, la sentencia cuestionada por la representante del Ministerio Público Fiscal no valoró adecuadamente las pruebas incorporadas y rendidas en el debate y por ello luce arbitraria en orden al estado de duda que entiende existe respecto de la autoría de los acusados y por los que determinara su absolución. Ello releva, como se anticipó, del abordaje de los demás cuestionamientos expuestos por la recurrente. Por lo expuesto, corresponde contestar de manera afirmativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EN VOTO AMPLIATORIO, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales en el voto preopinante se considera que corresponde hacer lugar a los agravios esgrimidos por la representante del Ministerio Público Fiscal y, por ello, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la arbitraria valoración de los elementos de prueba que derivaran en la absolución de los acusados.

Por ello, coincido en la nulidad de la sentencia dictada.

Sin embargo, quiero señalar mi posición en **orden a la “declaración espontánea”** por uno de los imputados que obra el acta de procedimiento. Esta cuestión se abordó en el precedente «Prieto, Franco», donde adherí al voto preopinante.

A las consideraciones allí expuestas corresponde, en lo pertinente, remitirse. Por ello, como en aquel caso, entiendo que la valoración de las declaraciones vertidas por uno de los acusados –Varas Romero–, resulta criticable, aun cuando la misma no deviene dirimente y haya sido considerada por el juez de la instancia previa como un indicio de mala justificación.

Ello así por cuanto se trataría de «[u]na declaración ofrecida en un contexto de detención que no fue convalidada luego» (conforme al criterio expuesto en el referido precedente «Prieto, Franco»), pues los acusados hicieron uso de su derecho de no prestar declaración. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular la sentencia N° 1.329 y sus fundamentos dictados, en Sala unipersonal, por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, y remitir las actuaciones al Tribunal de origen, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento. **ASI VOTO.** Sobre la misma cuestión los DRES. **MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE** adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 88/92 y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia N° 1.329 y sus fundamentos, cuya copia digital se agregan a fs. 74 y 76/78 de este legajo.

2.- Remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP determine **el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento.** Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

31- ARRIGA. 13-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	ANA	PCE	-	-	A	R	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=676>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP, 55 239, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 40, 41 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 16 y 31 de la Ley 26485.

Vox: VG. Robo agravado. Arma no habida. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso real. Desobediencia. Amenazas simples. Violencia de género. Valoración de la prueba. Monto de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** en efectivo con más la declaración de reincidencia como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166 inc. 2, párrafo 3° del CP) y por el delito de desobediencia a la autoridad en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 239, 55, 149 bis, párrafo 1°, primer supuesto del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de errónea y arbitraria valoración de la prueba. La defensa argumenta que el acusado no es autor material del delito, que no se encontró ni secuestró arma alguna, ni se dio con la res furtiva y ni hay más testigos que las supuestas víctimas del delito. De allí, razona que no existen otros elementos probatorios que corroboren la autoría en el hecho del acusado. Del mismo modo, cuestiona el monto de pena impuesta.

El **Procurador General** se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente. En cuanto al monto de la pena, afirma que el mismo no aparece desproporcionado ni carente de fundamentación

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1403, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Escudero Benito. 21-12-84
- Cirrincione Pedro. 07-03-78
- 354-218
- 392-94

- 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro (Licencia).

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05678170-0/1((018602-753791)) FC/ ARRIGA MARCELO ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (753791) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105862002*

En Mendoza, a trece días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05678170-0/1 caratulada "FC/ ARRIGA, MARCELO ALEJANDRO P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA| S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 75/82 obra copia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por las defensoras del condenado contra la Sentencia N° 1.403 de fecha 19 de febrero de 2021 del Tribunal Penal Colegiado N° 2 por el que se condena a Marcelo Alejandro Arriga a la pena de cuatro años de prisión en efectivo con más la declaración de reincidencia como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166 inc. 2, párrafo 3° del CP) y por el delito de desobediencia a la autoridad en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 239, 55, 149 bis, párrafo 1°, primer supuesto del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de los autos N° **P- 753.719/19**, esto es que «[...] el día 23 de septiembre de 2019 a las 13:40 horas aproximadamente, en calle La Purísima, trasponiendo calle Rúpulo de Buena Nueva, Guaymallén, Mendoza, MARCELO ALEJANDRO ARRIGA, alias "GUATUSI", previo exhibirle un arma de fuego y forcejear con SASHA DANIELA CORTEZ, le sustrajo un celular [...], para luego darse a la fuga».

Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: a) Sasha Daniela Cortez; b) Natalia Yanina Delgado; c) Diego Puebla; d) Diego Martín Augusto González; e) Rubén Arias; f) Raúl Miguel Luna; g) Josefina Estela Galdame y, h) Diego Sebastián Solís Escudero; así como la declaración, incorporada con acuerdo de partes, de la menor Katherina Gianela Cortez Ruarte y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

Respecto de los autos **N° P-951/20**, y del mismo modo, tuvo por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de, esto es que «[...] para fecha tres de enero de 2020 a las dieciocho horas aproximadamente, MARCELO ALEJANDRO ARRIGA, se hizo presente en la vivienda [...] donde reside su ex pareja ARIADNA LAURA ROBLES PONCE, incumpliendo la prohibición de acercamiento y contacto ordenada [...] por el Segundo Juzgado de Familia. Una vez allí [...] desde el asiento del acompañante del vehículo [...] le manifestó “eh, puta de mierda, dejá de refugiarte con tu familia y tus hermanas porque te voy a cagar matando, igual en la noche te quedás regalada y voy a venir y te voy a partir”, provocando temor en la víctima».

A estos efectos, el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: a) Ariadna Laura Robles Ponce; b) Raúl Fernando Luna y, c) Diego Sebastián Solís Escudero; y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2. El recurso de casación

La defensa del condenado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inciso 1 del CPP.

Ello, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de errónea y arbitraria valoración de la prueba y del mismo modo, cuestiona el monto de pena impuesta. Solicita se anule lo actuado y se dicte nueva sentencia sin necesidad de nuevo juicio.

Luego de justificar su procedencia formal, la defensa estructura el recurso de casación con tratamiento de dos agravios: a) la errónea aplicación de la ley sustantiva, respecto de la calificación legal y b) la imposición de la pena. No obstante la denominación del primer agravio, la defensa argumenta que el acusado no es el autor material del delito de robo que tramita por los autos principales, a cuyo efecto asevera que no se encontró ni secuestró arma alguna, ni se dio con la res furtiva y ni hay más testigos que las supuestas víctimas del delito.

De allí, razona que no existen otros elementos probatorios que corroboren la autoría en el hecho del acusado. Cita jurisprudencia para abonar la insuficiencia de la validez del testimonio en solitario para una sentencia de condena.

Respecto de los autos **N° P-951/20**, reitera la existencia de una errónea y arbitraria valoración de la prueba en tanto la víctima no pudo sostener en el debate la autoría de Arriga, instaurando una duda insuperable.

Afirma que el sentenciante define la autoría del acusado en base a probabilidades y en conductas denunciadas con anterioridad al hecho que pareciera han sido consideradas antecedentes, lo que resultaría violatorio de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional e introductorio de un derecho penal de autor.

Añade, del mismo modo, la inexistencia de otros testigos, dadas las condiciones en que sucediera el hecho. Discurre acerca del testigo único y de la necesidad, para que ése legitime una sentencia condenatoria, de ofrecer garantía de conocimiento y veracidad.

En el segundo agravio articulado cuestiona el monto de la pena impuesta pues entiende que se ha apartado del mínimo legal solamente en base a los antecedentes del acusado, generándole arbitrariamente un mayor perjuicio.

En función de lo expuesto solicita se case la sentencia, se disponga la absolución de Arriga sin sometimiento a un nuevo proceso, alegando las doctrinas de progresividad y prohibición de doble juzgamiento o, en subsidio, la imposición del mínimo de la pena prevista.

Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 89/90 de este legajo, tras reproducir los agravios formulados las recurrentes, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente.

Entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada, que se analizó acabadamente y en conjunto la prueba recabada en la investigación penal preparatoria, y la rendida e incorporada en el debate, para concluir que los hechos así como la autoría del acusado se hallaban acreditados.

Afirma que del escrito casatorio surge únicamente una reiteración genérica de los cuestionamientos y una discrepancia con la valoración de la prueba que no concretan ni especifican acerca del por qué ha de descreerse del testimonio de las víctimas, respecto de las cuales el sentenciante sí se detuvo expresamente.

En relación con la causa acumulada, a diferencia de lo sostenido en el libelo articulado, refiere que el juez ha evaluado el contexto violento que la denunciante ha mantenido con el acusado y no solamente el testimonio de ésta.

Concluye que no puede sostenerse que la sentencia contenga vicios en su fundamentación, ni que sea arbitraria o se haya apartado de la sana crítica racional, sino que el a quo ha privilegiado el testimonio directo, en ambas causas, de las víctimas a más de los demás indicios enumerados.

En cuanto al monto de la pena, afirma que el mismo no aparece desproporcionado ni carente de fundamentación, cita jurisprudencia de esta Sala y entiende correcta la aplicación de los arts. 40 y 41 del CP.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

El caso que nos ocupa plantea, en primer lugar, una **discrepancia con la valoración de la prueba rendida e incorporada en cuanto a la autoría del acusado** la que, a juicio de la defensa, deviene insuficiente para una hipótesis de condena y, en segundo lugar, la estimación desproporcionada de la **pena impuesta**.

En relación con lo primero, debe señalarse que, la versión de los hechos aportada por la defensa no es sino una reedición de los planteos al momento de brindar sus alegatos en la audiencia de debate, y que no obtuvieron respuesta favorable en la sentencia, y no traslucen sino una mera discrepancia en mérito a lo resuelto.

Como anticipé y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Ello, ha dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido, descartándose la existencia de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Seguidamente daré tratamiento al primer agravio en cada uno de los expedientes traídos a conocimiento.

a.- Acerca de la supuesta arbitrariedad en la valoración de la prueba

a.1.- Expediente N° P-753.791/19

De la lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada se desprende que se entendió acreditado el hecho en base al testimonio de una de las víctimas de autos, Sasha Cortez –al que el juez de la instancia previa justificó objetivo, de buena fe y carente de espíritu vindicativo–, sumado al de su hermana, que incorporado con omisión de lectura y acuerdo de partes. Efectivamente, Sasha Cortez relató que «[c]omo todos los días caminaba con mi hermana a la escuela, media cuadra y nos sale una persona de edad y nos asalta [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:10:40).

«[A] mí me saca el teléfono y a mi hermana la amenaza diciéndole que le dé el teléfono [...] Después él se va sale corriendo porque un vecino lo ve y le grita y nosotros nos fuimos a mi casa [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:11:18 en adelante hasta el minuto 00:11:34).

Acerca de cómo se llamaba, categóricamente dijo, «[n]o lo teníamos claro, el apodo, “Guatusi” [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:13:35), añadiendo que luego del hecho supo que se llamaba Alejandro Arriga (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:19:26).

También sabía perfectamente dónde vivía porque dijo, «[A] la vuelta, en la calle Rópolo [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:15:49), y añadió que sí lo había visto antes (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:16:23) porque era pareja de la hermana de una amiga (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:17:04).

Del arma utilizada sostuvo, «[n]o me acuerdo bien, [era] chiquita, tenía tambor, [...] vi la parte de atrás [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:20:40) pero señaló que no disparó (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:23:38 hasta 00:23:50)

Y agregó luego, «[l]e dijo a su hermana que le diera su teléfono, intentó quitarme mi mochila, [...] no le sacó el teléfono a mi hermana» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:24:14).

A esta declaración el sentenciante añadió otros elementos de corroboración periféricos. Entre ello, el conocimiento de toda la familia Cortez por parte de la familia del acusado. Así lo expresó la madre del acusado quien dijo que aquella primera familia conocía a la segunda no sólo de toda la vida sino por ser la víctima, Sasha Cortez, alumna de su hijo docente.

Asimismo, el juez valoró, por un lado, el conocimiento personal del acusado por las víctimas por su apodo “Guatusi” reconocido por el propio Arriga y, por el otro, el reconocimiento en la misma audiencia de debate que efectuó Sasha Cortez del acusado en la pantalla por el que aquél se transmitía.

En este sentido es importante tener en cuenta lo mencionado por la testigo Sasha Cortez con anterioridad al referirse al fracaso del reconocimiento en rueda de personas ordenado en autos.

En este orden declaró que «[f]ui citada, pero me dijeron que él no vino [...] un día antes del reconocimiento, fue la madre a mi casa a ofrecerme plata para que no viniera al reconocimiento o dijera que no era él [...]» (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:14:27 a 00:15:13).

Luego, como se dijo indicó que no lo veía en la sala pero que el sujeto de la pantalla era él (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:14:05).

La víctima restante, Katherina Cortez, no quiso comparecer, así lo manifestó su madre al asistir a la primera (ver registro audiovisual del 17/02/2021, a partir del minuto 00:28:44), pero su declaración fue incorporada con acuerdo de partes. De su contenido se advierte la absoluta coincidencia con lo señalado por la declarante Sasha Cortez.

Expresamente sostuvo: «[...] iba caminando por calle La Purísima pasando calle Rópolo de Guaymallén, con mi hermana Sasha [...] estábamos yendo a la escuela cuando se nos aparece por detrás un sujeto, nos empezó a pedir las cosas, cuando nos dimos vuelta vemos que tenía un arma de fuego en la mano, mi hermana no le quería dar el celular, así el sujeto empezó a tironearle la mochila, pero para lo dejara de hacer mi hermana le dio el teléfono y ahí un vecino de la cuadra le empezó a gritar [...] así que se fue corriendo con el celular de mi hermana [...]» (ver declaración testimonial de fs. 8 vta.). Del sujeto dijo: «[...] no me acuerdo cómo se llama, pero vive en calle La Purísima, pero no sé la numeración, la casa tiene rejas delante de color negro, tiene una ventana bien grande, entre calles Roca y Rópolo [...]» (ver declaración testimonial de fs. 8 vta.).

En cuanto a si conocían al sujeto que la abordó resultó más categórica, al referir que «[...] sí lo conocemos con mi hermana, se llama Alejandro Luna, es del barrio de al lado, [...], no sé la dirección exacta, tiene entre 20 y 25 años, de contextura delgada [...] morochito [...]», coincidiendo con su hermana en que no disparó el arma y que ésta era de color gris y chiquita.

También señaló que podía reconocer a ese sujeto (ver declaración testimonial de fs. 9).

Téngase en cuenta que el acusado es hijo de crianza de la familia Cortez. Así lo expresaron Galdame de Luna y Raúl Luna, quienes tienen un hijo, que también declaró, Raúl Fernando Luna.

Éste es quien ha sido docente de una de las víctimas, de ahí la lógica confusión respecto del apellido del acusado. Analizadas ambas declaraciones, tal como efectivamente ha realizado el sentenciante, carece de sentido alguno aseverar, como lo hace la defensa, que la res furtiva no fue hallada y que no se ha acreditado el uso del arma utilizada porque ésta no fue secuestrada.

Pues como bien valora el juzgador, los claros y contundentes testimonios de las víctimas y los demás elementos de convicción obrantes en la causa permiten tener acreditados los extremos de la acusación.

Por su parte, el juez delimitó cada uno de los elementos de descargo aportados por la defensa para justificar la falta de autoría del acusado en base a su falta de presencia en el momento y lugar de los hechos, afirmando que ni el padre, ni la madre, ni tan siquiera su empleador, pudieron de modo alguno aseverar el lugar en que éste se encontraba el día y hora de los hechos.

Así, Arias, propietario de la obra en la que el acusado se hallaba trabajando, manifestó «[...] vino a trabajar a mi casa [...] unos meses [...] no me acuerdo en qué fecha, se internó [...]» (ver registro audiovisual del 19/02/2021, a partir del minuto 00:03:35), contestando si fue a la obra en la fecha precisa del hecho, «[...]

no me acuerdo, no tengo la menor idea [...]» (ver registro audiovisual del 19/02/2021, a partir del minuto 00:04:46 y ss).

Su madre, Josefina Galdame de Luna, señaló acerca del 23 de septiembre de 2019, «[...] si, estaba trabajando [...]» (ver registro audiovisual del 18/02/2021, parte II, a partir del minuto 00:07:30), para luego, a nuevas preguntas, indicar, «[...] me parece [...] no me acuerdo la fecha justa [...]» (ver registro audiovisual del 18/02/2021, a partir del minuto 00:17:47) y su padre, Raúl Miguel Luna, acerca del día del hecho solo mencionó, «[...] él salía a trabajar [...]» (ver registro audiovisual del 18/02/2021, parte II, a partir del minuto 00:02:00) discurriendo largamente sobre la propiedad y características del arma secuestrada en la medida de allanamiento.

Además, el sentenciante juzgó irrelevante la inexistencia de hallazgo de la res furtiva, así como el secuestro de un arma que no respondía a la utilizada en el hecho como determinantes de la responsabilidad del acusado, desechando la existencia de un estado de duda y juzgando secundarias las diferencias apuntadas por la defensa en contraposición al señalamiento categórico de las víctimas en sus testimonios.

Conforme lo expuesto, no encuentra correlato, con el plexo probatorio rendido y valorado, la pretensión de la defensa vinculada a existencia de un único testimonio no corroborado por las demás circunstancias de tiempo y lugar.

Ello por cuanto nos encontramos en el presente caso frente al testimonio de dos víctimas, menores de edad a la fecha de los hechos; una de las cuales relató nuevamente el suceso durante el debate en forma coincidente con declaración en la investigación.

Además, porque como se ha detallado, las víctimas conocían al acusado y a su familia, del barrio en el que vivían y lo sindicaron claramente como el autor de los hechos.

En conclusión, el sentenciante en sus fundamentos ha brindado un análisis detallado, completo y minucioso, con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional –de acuerdo con los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) derivación (razón suficiente) y de la experiencia común– de todas las testimoniales rendidas, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada.

A partir de allí, consideró, acertadamente a mi criterio, acreditada, con el grado de certeza necesario para arribar a una sentencia de condena, la autoría de Arriga en el suceso criminoso.

En mérito a lo expuesto considero que los agravios de la defensa no pueden ser de recibo en esta instancia.

a.2.- Expediente N° P-951/20

En los autos precitados, en el que Arriga resultó condenado por los delitos de desobediencia a una orden judicial y amenazas en contexto de violencia de género, el sentenciante valoró, para así resolver, los testimonios de la víctima, Ariadna Laura Robles Ponce, del hermano del imputado, Raúl Fernando Luna y de su madre, Josefina Galdame.

Asimismo, ponderó la prueba instrumental debidamente incorporada, principalmente la denuncia formulada el día 3 de enero de 2020, la orden de prohibición de acercamiento librada por el Segundo Juzgado de Familia en Autos N° 947/15, los informes de evaluación de riesgo del Equipo Interdisciplinario y la historia clínica del acusado del Hospital Central.

Los ejes de análisis de la prueba rendida surgen de los hechos ya transcritos, las amenazas proferidas a la víctima por el acusado, quien se conducía en un vehículo de color gris, que sería de su hermano y con el que se dirigió al domicilio de la primera, violando la prohibición de acercamiento impuesta por orden judicial.

La defensa, contrariamente, niega la autoría de Arriga argumentando que el mismo se encontraba en reposo por dolencias que lo aquejaban, así como que no pudo haber conducido el rodado de su hermano pues, debido a discusiones entre ellos, el mismo no le fue prestado.

Fundamenta dicha hipótesis en los testimonios de Luna y Galdame, en la historia clínica del acusado y en la declaración de la propia víctima rendida en el debate.

Al respecto el juez de la instancia previa, acertadamente sostuvo que las testimoniales de descargo no resultaban concluyentes para afirmar que el autor del hecho no se había podido hacer presente en el domicilio de Ariadna Cortez.

Raúl Fernando Luna, quien dijo ser el propietario de un vehículo Chevrolet Celta, de color gris, señaló que su hermano no tenía auto y que en ocasiones él se lo prestaba.

Respecto de esta circunstancia en función de la fecha del hecho, sostuvo, que el 3 de enero de 2020 «[...] seguro que no, tuvimos una pelea para el 26 de diciembre, sé que no lo estaba usando [...] fue casi un mes [...]» (ver registro audiovisual del 18/02/2021, parte II, a partir del minuto 00:11:40 y ss). Pero seguidamente, a preguntas del Ministerio Público Fiscal acerca de algún acontecimiento particular que le hiciera recordar dicha fecha, contestó negativamente. (ver registro audiovisual del 18/02/2021, parte II, a partir del minuto 00:13:26 y ss).

Hizo lo propio respecto de otras dos fechas. El 7 y 24 de octubre de 2019, que coinciden con la fecha de internación y de alta de Arriga, que tampoco pudo recordarlas. Valoró, el sentenciante, consecuentemente la falta de seguridad acerca del préstamo del rodado el día y hora del hecho y su vínculo de hermanos de crianza para restar valor probatorio a dicho testimonio. Lo propio hizo con su madre, Josefina Galdame, quien, en forma contradictoria sostuvo, «[...] estaba en la casa, no se quiso presentar, le habían hecho la prohibición de acercamiento [...] estaba citado, o lo detuvieron, no me acuerdo [...]» (ver registro audiovisual del 18/02/2021, parte II, a partir del minuto 00:20:30 y ss).

A ello sumó el sentenciante, la historia clínica –prueba instrumental debidamente incorporada– de la que surge que el acusado ingresó el 7 de octubre de 2019 al Hospital Central con dolor abdominal, fue intervenido quirúrgicamente y fue dado de alta el 24 de octubre de 2019.

Si bien tenía una bolsa de colostomía, ello no le impedía movilizarse, como bien han señalado sus propios parientes, así como que no obra constancia alguna de necesidad de reingreso por dicha dolencia.

Ello, le permitió al juez concluir, acertadamente, que no existía obstáculo alguno para encontrarse, el día y hora precitados, en el lugar de los hechos a bordo del rodado del hermano.

Téngase además en cuenta que al respecto nada dice la defensa, más que señalar, en forma general, que el acusado se hallaba en su casa, de reposo, a la espera de ser nuevamente intervenido, sin aportar elemento concreto alguno al efecto.

El sentenciante, analizó por último la declaración de la víctima, en tanto es la defensa quien al alegar hace hincapié en la nueva y diferente declaración rendida por aquélla en el debate, en la que dijo no podía asegurar que quien la amenazara fuera Arriga.

A ello, la defensa sumó, como datos relevantes, la mejora en la relación de ambos –víctima y acusado– así como en la imposibilidad de acreditar daños psicológicos o secuelas producto de las amenazas sufridas conforme el informe de evaluación de riesgo de Cortez.

Pormenorizadamente, el juez de sentencia contextualizó, como también lo hizo el representante del Ministerio Público Fiscal, dichas declaraciones, es decir, la denuncia que encabeza las actuaciones con la rendida en el debate, a los efectos de su análisis en una situación de violencia de género.

En dicho contexto, sostuvo que, efectivamente, la declarante fue reticente y esquiva; no obstante, y ante las numerosas lecturas de la fiscalía de la denuncia, reconoció que las amenazas existieron, que fueron las indicadas en el requerimiento de citación a juicio. Asimismo, que el agresor se conducía en un vehículo gris, que Arriga tenía una prohibición de acercamiento y que había discutido con éste por los niños.

Expresamente, A.C. sostuvo, luego de las lecturas acerca de los dichos proferidos contenidos en la denuncia, «[...] si, algo así [...]» (ver registro audiovisual del 19/02/2021, a partir del minuto 00:05:10 y ss). Manifestó también, «[e]se día andaba en un auto gris [...] no se la marca [...]» (ver registro audiovisual del 19/02/2021, a partir del minuto 00:09:26 y ss) para luego sostener que no recordaba la descripción del sujeto, a pesar de la descripción ya efectuada y leída.

Luego indicó que «[...] estaba peleada con Arriga, había discutido porque sus hijos no querían venir con ella, querían quedarse con la madre de él [...]» (ver registro audiovisual del 19/02/2021, a partir del minuto 00:20:37 y ss).

Con la finalidad de contextualizar el hecho, el sentenciante ponderó las constancias del expediente acollarado Nº 947/15 originario del Segundo Juzgado de Familia.

En base a ello indicó que los conflictos y la violencia contra la mujer se remitían al 2015, que dicha violencia se había naturalizado en A.C., como mecanismo de defensa. Agregó que aquellos conflictos se habían mantenido a lo largo de los años, lo que fue advertido por los profesionales en el año 2020.

A partir de dicho contexto, valoró la declaración desincriminante rendida en el debate por A.C. al señalar que no le importaba la causa ni el resultado.

Resulta ilustrativo que la víctima refiriera que fue derivada para tratamiento psicológico por el Equipo Interdisciplinario, que había estado en tratamiento, que no siguió yendo y que no quería venir más al Poder Judicial, cuando se le preguntó si al debate había comparecido voluntariamente (ver registro audiovisual del día 19/02/2021, a partir del minuto 00:14:40, 00:15:50, 00:16:15 y ss).

De la denuncia que corre a fs. 1/2 se corroboran los precisos detalles que la víctima brindó a dos horas del hecho.

Ello, no solo respecto de los dichos amenazantes proferidos por el acusado, sino respecto del auto en que se conducía y el lugar que ocupaba en el mismo indicando que se trataba del auto del hermano.

A ello, agregó, además, que sentía miedo, que habían mantenido una relación de diez años, con cinco hijos en común y se habían separado hacía tres, obrando dos prohibiciones de acercamiento, la última de junio de 2016. Esto último el juez lo corroboró con prueba instrumental.

Valga señalar también que no hubo oposición alguna a la incorporación de ésta por parte de la defensa.

Así las cosas, al momento de dictar sentencia, el juez asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación establecidos en la Ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales).

Dicho texto legal expresamente exhorta a los operadores judiciales para que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31) **(ver «Calderón Polo»)**.

Del mismo modo, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **“Merlo Lassa” y “Ojeda Pérez”**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)

En esta misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a **imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia**, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de

quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (**art. 16**).

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del **art. 31** en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «[...] el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del **contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas**».

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego, sino, también, a las condiciones **de vulnerabilidad de las personas involucradas**».

Conforme a ello «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que **en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva**, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres

entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos obrantes en la causa.

Ello, especialmente al momento de valorar la declaración de A.C. en el debate, en función de la denuncia realizada.

La denuncia de los hechos brindada por la víctima a dos horas de acontecido el hecho fue debidamente ponderada por el juzgador y contrastada con la declaración esquiva y dubitativa brindada en el debate.

Además, el contenido de la denuncia fue corroborado, asimismo, por elementos objetivos periféricos, lo que a mi juicio resulta incuestionable en tanto el juzgador ha razonado y brindado suficientes razones para otorgarle a aquélla el debido valor convictivo.

Tal como acontece en el hecho anterior, el recurrente argumenta desacreditando el valor de la denuncia frente a la nueva declaración prestada en el debate, sin analizar la misma en contexto, haciéndolo aisladamente, en mérito a la existencia de una orden judicial vigente e incumplida, así como informes de violencia que se compadecían con aquellos otros que le fueron practicados a A.C., si bien respecto de otros hechos, pero que traslucen el ejercicio de violencia a lo largo del tiempo por parte del acusado hacia ella.

En este orden, asigna a ese único elemento de prueba, la declaración de la víctima, una diversa valoración. Todo lo analizado conlleva al rechazo de los agravios formulados por el recurrente, también respecto de esta causa.

b.- Acerca de la mensuración de la pena impuesta al acusado

El agravio de la defensa se limita a afirmar que la imposición de la pena es arbitraria por cuanto el juzgador no ha dado mayores fundamentos para justificar el monto de cuatro años.

Así, afirma que el apartamiento del mínimo de la escala penal genera arbitrariamente un mayor perjuicio a su defendido, basándose simplemente en los antecedentes del imputado.

Contrariamente a lo afirmado por la defensa, se advierte que el sentenciante ha mensurado los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP aplicándolos al caso concreto.

Así, consideró: la edad de las víctimas del hecho calificado como robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada –ambas menores de edad a la fecha del hecho–, circunstancia que las torna más vulnerables frente a un autor de mayor edad y que portaba un arma de fuego; la edad de Arriga, más de 30 años; la íntima relación de la damnificada de amenazas, su ex pareja y madre de sus hijos; y, finalmente, los antecedentes del acusado, los que detalla y luego le permiten fundar la declaración de reincidencia.

Más aún, y en mérito a ello, evaluó una pena ubicada dentro del tercio mínimo de la escala, en tanto consideró que no se trataba de un hecho de gravedad media, aunque no obstante la pena no podía ubicarse en el mínimo.

Conforme lo expuesto se advierte que la cuantificación de la pena que realizó el juez de la instancia previa no resulta de modo alguno arbitraria, infundada, ni desproporcionada como pretende la defensa, pues no sólo se halla dentro de la escala de los delitos que se le enrostran a Arriga, sino que se han ponderado las diversas pautas previstas en los **arts. 40 y 41 del CP**.

Por otra parte, el impugnante no ha rebatido ninguna de las circunstancias agravantes merituadas, deslizando meramente una crítica genérica.

Ésta se traduce en una mera divergencia de valoración, pues en la sentencia se han explicado y justificado las razones por las que se determinó la pena impuesta, cumpliéndose con el deber de fundamentación también este ámbito.

Por ello, considero que no se verifican los agravios denunciados por el recurrente. Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcelo Alejandro Arriga, cuyas copias se hallan digitalizadas.
- 2.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 13 de octubre de 2021.-

32- CHAVEZ y ot. 14-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE	-	-	A	-	CI	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 167, inc. 2°, 54 del CP. Acordadas N° 29517 y 29530. Res. y N° 49 y 50 de la SCJM.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Calificación legal. Concurso aparente de leyes. Debate en sala virtual. Emergencia sanitaria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado, Siñani Coca, a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo calificado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54, 167 inc. 2 del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-980.021/19. Por su parte se revocó la condicionalidad de la condena impuesta por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia, mediante sentencia N° 3.950 de fecha 06/09/2016 en los autos N° P-27.669/16 de un año de prisión de ejecución condicional y se unificó a la pena única de cinco años y diez meses de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación. Considera que no se dan los extremos de los agravantes contenidas en los arts. 166 inc. 2, primer supuesto y 167 inc. 2 del CP, en tanto sostiene que no se encuentra acreditado el sustrato material de los requisitos típicos de arma impropia y de banda.

El **Procurador General** considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1.212., pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Campos Castro. 17-18-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcCCN.pdf
- Guiraldes
- LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177.

Doctrina citada.

D´ALESSIO Andrés José, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 872 y págs. 875 y 876

D´ALESSIO Andrés José, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo II, Parte Especial”, Editorial La Ley, 2014, págs. 619

Parágrafos destacados

En efecto, tal como lo sostuve en **«Campos Castro»** «[s]iguiendo las enseñanzas de D´Alessio: “...habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno - que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal.” (Conf. Andrés José D´Alessio, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 872). “Conforme a esta regla, existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro (Licencia).

(I.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05394912-0/1((018602-980021)) FC/ CHAVEZ BRIAN NICOLAS Y SIÑANI COCA GONZALO MATIAS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO CALIFICADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA (980021) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105569493*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05394912-0/1, caratulada "F. C/ CHAVEZ, BRIAN NICOLÁS Y SIÑANI COCA, GONZALO MATÍAS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO CALIFICADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Gonzalo Matías Siñani Coca interpone recurso de casación (fs. 467/473), contra la sentencia N° 1.212 (fs. 465/466) y sus fundamentos mediante la cual se lo condenó a la pena de cinco años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo calificado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54, 167 inc. 2 del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-980.021/19.

Por su parte se revocó la condicionalidad de la condena impuesta por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia, mediante sentencia N° 3.950 de fecha 06/09/2016 en los autos N° P-27.669/16 de un año de prisión de ejecución condicional y se unificó a la pena única de cinco años y diez meses de prisión.

El pronunciamiento fue dictado por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]l día 16 de junio de 2019, siendo las 05:45 horas aproximadamente, en inmediaciones de calles Sarmiento y Granaderos de San Martín, Guaymallén, Brian Nicolás Chávez, Gonzalo Matías Siñani Coca, en asocio al menor Cristian Alejandro Rodríguez (17 años), interceptaron a Roddy Puma Yucra y mediante la utilización de un elemento punzante, aparentemente un destornillador, que utilizaron para golpearlo en el cuerpo, tanto en las piernas como en las costillas, como así también pegarle un golpe en la cabeza, le sustrajeron una campera de color negro, una billetera con quinientos pesos en el interior y documentación personal y un celular marca Samsung. Ante la casualidad que se desplazaba por el lugar un móvil policial y ante los datos proporcionados por la víctima, el personal policial sale en persecución de los sujetos y los encuentra aproximadamente a unos 400

metros y les encuentra en su poder la res furtiva y el elemento utilizado para perpetrar el hecho». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Roddy Yucra Puma, Fernando Guerra Ramírez y Cecilia Calederón, el acta de procedimiento, el croquis ilustrativo y el acta de secuestro.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc. 1 del CPP.

Expresan que la sentencia impugnada ha aplicado erróneamente la ley sustantiva a los fines de lograr la condena, apartándose del análisis de la prueba bajo la sana crítica racional.

Consideran que no se dan los extremos de las agravantes contenidas en los arts. 166 inc. 2, primer supuesto y 167 inc. 2 del CP, en tanto sostienen que no se encuentra acreditado el sustrato material de los requisitos típicos de arma impropia y de banda.

En primer lugar, con respecto a la agravante del arma impropia, sostienen que la víctima jamás vio con qué elemento ejercieron la violencia para desapoderarlo de sus pertenencias, en tanto en la denuncia y en su declaración posterior no supo decir con qué le pegaron en la cabeza.

Consideran que para saber si el hecho encuadra en la circunstancia agravante del arma impropia, debe valorarse el modo de su utilización, es decir que el arma impropia debe haber sido utilizada para doblegar la acción de la víctima, debe exhibírsela a los fines intimidatorios o con ella realizar una actividad que provoque mayores peligros o riesgos.

Sin embargo, sostienen que nada de eso ha ocurrido en marras, en tanto refieren que el solo hecho de secuestrar un destornillador a uno de los encartados no implica que haya sido usado en el hecho conforme las exigencias que el tipo agravado requiere.

Por lo tanto, **estiman que no hubo un aumento de la indefensión de la víctima, ni aumentó la violencia ejercida, ni provocó mayor intimidación**, por lo que agregan que la violencia ejercida no es más que la contenida en la figura del art. 164 del CP.

Además, argumentan que la víctima a fs. 300 y vta. fue preguntada para que describiera el elemento utilizado a los fines de amedrentarlo, respondiendo «una campera de color negra con capucha de tela de grafa con la marca de color rojo pero no recuerdo la marca».

Luego hacen referencia que en el acta se consignó que se le exhibió cinco cuchillos, no obstante se describieron tres camperas. Agregan que se le reiteró la pregunta acerca de si podía reconocer el objeto que fue utilizado para amedrentarlo en el hecho respondió «mi campera es la número tres». Por lo que consideran que si una campera es lo que amedrentó a la víctima, el a quo debió explicar cómo fue dicha acción en tanto estiman que, tanto el contenido del acta de fs. 300 y vta., como los fundamentos de la sentencia escapan a lógica del hombre medio.

En segundo lugar, en cuanto a la agravante de la banda sostienen que el sentenciante no describió qué acción efectuó cada uno de los imputados en forma individual, ni cuál fue la planificación convenida sino que, por el contrario, se limitó a enunciar conceptos normativos que de ninguna manera son fundamentos válidos para subsumir los hechos que dan basamento a la acusación.

Al respecto, los recurrentes refieren que adhieren a la tesis dominante en doctrina que entiende «por banda» al conjunto de tres o más individuos que integran una asociación criminal con objetivos preconcebidos para cometer toda clase de delitos de forma indeterminada. En efecto, consideran que en la «banda» hay algo más que la mera pluralidad subjetiva requiere, cuando menos, cierta permanencia y organización para la comisión de ilícitos.

En suma, estiman que en el caso concreto no existe plus alguno para añadir a la mera intervención o participación plural de los encartados, desde que no media ningún elemento de juicio que autorice a inferir que los nombrados en la causa y sus ocasionales compañeros conformaban una «banda» en el sentido técnico jurídico que se viene desarrollando.

Por último, sostienen que el proceso llevado a cabo en contra del acusado es violatorio del derecho de defensa en juicio, toda vez que se llevó a cabo una audiencia multipropósito sin la presencia de los acusados, a fin que prestaran el consentimiento para la realización del debate en forma virtual.

Asimismo, agregan que el acusado nunca fue consultado si prestaba conformidad para la realización del debate en forma remota. Además, expresan que su defensa técnica de ninguna manera reemplaza al derecho que la ley le confiere al acusado en forma personal, por lo que la realización de la etapa plenaria sin la conformidad o notificación expresa del acusado de las condiciones en las cuales debe ejercer su defensa torna al debate nulo por violación a la norma Constitucional y a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos (art. 18 CN, art. 8 CADH).

Por las razones expuestas, los recurrentes consideran que la resolución impugnada debe ser nulificada, ordenándose el cambio de calificación legal a robo simple (at. 164 del CP). Hacen reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General Subrogante

El Procurador General Subrogante considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada. Sostiene que la defensa esgrime, por el un lado, que no está debidamente acreditado el empleo del arma, y por otro lado, niega la existencia de «banda» en la comisión del delito.

Con respecto al empleo del arma, estima que el juez valoró adecuadamente el plexo probatorio, contando con la clara explicación de la víctima, quien sintió la punta de un objeto punzante en sus costillas y piernas, a lo que agregó el secuestro de un destornillador en poder de los autores, circunstancias todas que, según su entender, permiten vislumbrar sin ninguna duda cómo obtuvo el sentenciante la certeza necesaria para condenar.

En cuanto a la existencia de la «banda», considera que es acertado el razonamiento del juez con respecto a que el hecho fue perpetrado por la reunión de tres o más sujetos que han convenido en su realización. Por último, estima que tampoco puede prosperar el agravio respecto a la supuesta violación al derecho de defensa en juicio debido a que el acusado no prestó su consentimiento para la realización del debate en forma virtual.

Sostiene que los acusados durante el debate en ningún momento expresaron oposición ni reparo en la forma en que se llevó adelante el debate, ni siquiera al momento de consultarles el a quo si querían manifestar algo antes de dictar sentencia.

En definitiva, considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, constituyendo los argumentos defensivos una discrepancia con las conclusiones del Tribunal, pero que de modo alguno alcanzan a conmovir la validez del acto sentencial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

a- Anticipa rechazo - Resumen del planteo casatorio

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por los recurrentes no logran conmovir la conclusión a la que arriba el sentenciante.

Según surge del planteo casatorio, el eje central de la impugnación radica en afirmar que no se dan los extremos de las agravantes contenidas en los arts. 166 inc. 2, primer supuesto y 167 inc. 2 del CP, es decir que no se encuentra acreditado el sustrato material de los requisitos típicos de la circunstancia agravante del arma impropia y de la banda.

b- Análisis del planteo sobre la acreditación del uso de arma impropia

Sin embargo, de los fundamentos de la resolución cuestionada, se advierte que el tribunal de juicio sustentó la decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar. Esto en razón de que el a quo analizó y brindó adecuadas razones para desvirtuar el cuestionamiento del recurrente referido a que no se encuentra acreditada la utilización, por parte de los acusados, del arma impropia en el hecho investigado.

En efecto, el juzgador tuvo por acreditada la utilización del destornillador –arma impropia– por parte de los encartados, principalmente, a través de la declaración de la víctima durante el debate, quien manifestó «[e]ran tres tipos y uno me pinchaba, no sé con qué era, pero era algo punzante, me pegó en las costillas, en las piernas y en la nunca [...] debe haber sido algún destornillador» (ver registro audiovisual, debate del 26/6/2020, segunda parte, a partir del minuto 07:16).

Asimismo, es de resaltar que el a quo hizo referencia, con respecto a la veracidad en la declaración de la víctima, a que «[n]o tengo razones ni fundamento alguno para descreer en el relato proporcionado por la víctima de autos, quien en el debate se ha mostrado sincero sin ánimo en este caso de recargar las tintas sobre los autores, es decir sin tener ningún tipo de animosidad o de ganancialidad en su relato» (ver registro audiovisual, debate del 28/7/2020, cuarta parte, a partir del minuto 26:02).

También la utilización del arma impropia en el hecho investigado se encuentra acreditada mediante el secuestro de un destornillador en poder de uno de los acusados al momento de su aprehensión.

En este orden, con respecto a la utilización del elemento punzante, el a quo sostuvo, adecuadamente a mi criterio, que «[e]l arma no solamente es aquel elemento que ha sido creado efectivamente para el ataque o la defensa sino que también puede utilizarse como arma cualquier otro elemento que tenga capacidad o poder vulnerante y evidentemente este destornillador de las dimensiones señaladas posee ese poder intimidante y ha sido utilizado con ese propósito, el de vencer la resistencia de la víctima, por

lo que entiendo que corresponde considerar que este hecho encuadra en las previsiones del art. 166 inc. 2, primer supuesto, es decir robo agravado por el uso de arma» (ver registro audiovisual, debate del 28/7/2020, cuarta parte, a partir del minuto 22:35).

Por lo tanto, considero que el planteo recursivo es inadmisibile, en tanto, y como señaló el juez de la instancia anterior, se encuentra acreditada la utilización de un elemento punzante –destornillador– en el hecho investigado.

Se advierte, a diferencia de lo expresado por los recurrentes, que aquel destornillador fue utilizado para aumentar el poder ofensivo de los acusados, en tanto al «pinchar» a la víctima con ese objeto en las costillas, piernas y nuca lograron desapoderarla de sus pertenencias.

Asimismo, el planteo de la defensa referido al «error material» ocurrido en el acta de fs. 300 y vta. no resulta decisivo con relación a los fundamentos brindados por el sentenciante en cuanto a la utilización de un arma impropia –destornillador– en el hecho investigado, por lo que considero que tal agravio tampoco debe prosperar.

Es decir, los recurrentes no explican concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explican por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Sin perjuicio de ello, advierto que existen motivos de peso –como es la declaración de la víctima y el secuestro de un destornillador en poder de uno de los acusados al momento de su aprehensión– para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones, es decir, que existen elementos de prueba suficientes para arribar a la certeza requerida y condenar al acusado por el hecho investigado.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio.

c- Análisis del planteo de la configuración de la agravante banda - Concurso aparente de leyes

Por otra parte, considero que deviene abstracto el agravio dirigido a cuestionar la configuración de la agravante de la banda. Ello, más allá que el sentenciante argumentó que «[e]l hecho fue perpetrado por la reunión de tres o más sujetos que han concordado en la realización de un hecho en común, es decir han convenido en la realización de ese hecho con una finalidad propia que es el apoderamiento de la cosa, por lo tanto entendemos que también se da la agravante de la banda.

En este caso el agravante de la banda responde precisamente a los siguientes aspectos a la facilidad o la posibilidad de consumir el hecho, como así también a generar una mayor indefensión respecto de la víctima y aumentar el poder ofensivo por parte de los autores» (ver registro audiovisual, debate del 28/7/2020, cuarta parte, a partir del minuto 23:30).

Según entiendo deviene en abstracto el cuestionamiento de la defensa con respecto a la aplicación de la agravante del robo por ser cometido en banda, en tanto considero que la calificación jurídica que le corresponde al acusado por la plataforma fáctica que se ha tenido por acreditada, es la prevista en el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP, robo agravado por el uso de arma, y no la de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado calificado por ser en poblado y en banda, conforme a lo establecido en el art. 487 CPP.

En efecto, la figura del robo agravado por el uso de arma, abarca al tipo de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP), toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de un «concurso aparente de leyes penales».

En efecto, tal como lo sostuve en **«Campos Castro»** «[s]iguiendo las enseñanzas de D´Alessio: “...habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno - que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal.” (Conf. Andrés José D´Alessio, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 872). “Conforme a esta regla, existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial.

Asimismo también se ha afirmado que se aplica este principio para el caso del concurso aparente de dos tipos calificados que tengan origen en un mismo delito básico, a través del cual se elige uno de aquéllos.” (Conf. Andrés José D´Alessio, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 875 y 876)».

Por su parte, «[s]e ha dicho que: “Ante la ocurrencia en un mismo hecho de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda –art. 167, inc. 2º–), debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas de pena” (CNCasación Penal, sala II, “Miszczuk, Máximo A. y otro”, reg. N° 1.029, 1996/08/07, Fallos, 1996-II, 489”, Fallo citado en Andrés José D´Alessio, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo II, Parte Especial”, Editorial La Ley, 2014, págs. 619).

Por lo tanto, si un hecho encuentra adecuación típica en dos figuras agravadas dependientes del mismo tipo simple, sólo corresponde aplicar la más grave».

De acuerdo con ello, y en virtud de lo dispuesto por el art. 487 del CPP, debe corregirse la calificación legal asignada a los hechos acreditados.

El cambio de calificación jurídica efectuado, no implica mengua del mérito jurídico de la sentencia en examen en los demás aspectos, que se mantiene incólume en cuanto a los hechos probados, la autoría y pena aplicada (ver al respecto el **precedente «Guiraldes»**, L.S. 267-142).

d- Análisis del cuestionamiento a la virtualidad del debate.

Por último, en cuanto a la supuesta violación al derecho de defensa en juicio, estimo que tal agravio tampoco puede prosperar, en tanto se advierte que los recurrentes no señalan concretamente cómo se ha visto vulnerado aquel derecho con la realización del debate virtual.

Asimismo, cabe mencionar que al momento de la realización del debate se encontraban vigentes las **Acordadas N° 29.517 y 29.530 y las Resoluciones N° 49 y 50, en la que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza**, en pleno, dispuso que, debido a la actual situación de emergencia sanitaria, las audiencias debían realizarse, por regla, en forma remota, no siendo necesario para ello el consentimiento de los acusados.

Esta acordada no ha sido puesta en tela de juicio por la defensa. Por todo ello, debe desestimarse también este agravio.

En síntesis, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por el juez de la instancia anterior, ya que la defensa no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: De acuerdo al resultado de la cuestión anterior, debe omitirse pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Sin perjuicio de ello, y a tenor de las consideraciones realizadas en el tratamiento de la primera cuestión, corresponde corregir de acuerdo a lo dispuesto por el art. 487 del CPP, el dispositivo IV de la sentencia de fs. 465/466, el que quedará redactado de la siguiente forma: «IV.- Condenar a Gonzalo Matías Siñani Coca, ya filiado, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 2, primer supuesto, CP) atribuido en los presentes autos N° P-980.021/19, de conformidad con lo dispuesto por el art. 12, 29 inc. 3 y 45 CP y art. 560 y cctes del CPP.». ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gonzalo Matías Siñani Coca.
- 2.- Corregir, de acuerdo con las disposiciones del art. 487 del CPP, el dispositivo IV de la sentencia de fs. 465/466, el que quedará redactado de la siguiente forma: «IV.- Condenar a Gonzalo Matías Siñani Coca, ya filiado, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 2, primer supuesto,

CP) atribuido en los presentes autos N° P-980.021/19, de conformidad con lo dispuesto por el art. 12, 29 inc. 3 y 45 CP y art. 560 y cctes del CPP.».

3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Tener presente la reserva federal efectuada.

5.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 14 de octubre de 2021.-

33- PRIETO VALENZUELA y ot. 20-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														495
-	B	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=671>

Lex: Art. 167, inc. 2° del CP. Art. 495, 359, 418 del CPP

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. JAI cuestionado. Lenguaje claro

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** con los beneficios de la ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP).

La **defensa** interpone recurso de revisión por considerar que la sentencia es arbitraria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de revisión.

Resolución cuestionada: Sentencia N°129, pronunciada por el JPC N° 3- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177,
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcIGA.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Egea Mariano Raúl

Precedentes relacionados.

a-SCJM. JAI cuestionado

- Barros Soto. 01-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ibáñez Guillermo. 13-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcIGA.pdf
- Quevedo Astudillo. 15-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=537>
- Céspedes. 19-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_Cespedes.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Fernández Rosales. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcFernandez.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Olgúin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguéz. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Parágrafos destacados:

“La necesidad de que la justicia se exprese con **lenguaje claro** es un requisito fundamental de las decisiones republicanas y democráticas, pues materializa el acceso de las personas involucradas en el proceso concreto a las decisiones públicas que se toman en relación a ellas (...) Más concretamente aún, en los supuestos del procedimiento de **juicio abreviado** (art. 359, 418, 419 y 420 CPP), la claridad en el lenguaje constituye una materialización decisiva del derecho a entender que es ya inherente al debido proceso legal. Si bien toda persona tiene el derecho de conocer y comprender las decisiones de los jueces y sus fundamentos, el procedimiento abreviado supone una particular forma de realización del juicio, con especificidades en relación con la investigación, la posición del acusado frente a los hechos, la pena a imponerse y la posibilidad de impugnar la condena, entre otros puntos. Que el acusado comprenda en detalle las consecuencias del acuerdo alcanzado requiere que los términos jurídicos del mismo le sean explicados en lenguaje claro y llano.”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

(M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05418441-1/1((028503-957)) FC/ PRIETO VALENZUELA RODRIGO EZEQUIEL P/ ROBO EN POBLADO Y EN BANDA (0957) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *105595078*

En Mendoza, a los veinte días del mes de octubre del año dos mil veintiuno reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05418441-1/1 caratulada "FC/ PRIETO VALENZUELA, RODRIGO EZEQUIEL S/ REVISIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTRE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Rodrigo Ezequiel Prieto Valenzuela interpone recurso de revisión contra la sentencia N° 129 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial, que bajo la **modalidad de procedimiento de juicio abreviado inicial**, condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión con los beneficios de la ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP), a la vez que determinó las pertinentes reglas de conducta.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución resistida homologó el acuerdo de juicio abreviado inicial (art. 359 CPP) celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa particular de Rodrigo Ezequiel Prieto Valenzuela y, en función de ello lo condenó a la pena de tres años de prisión con los beneficios de la condenación condicional, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda.

Asimismo el juzgador fijó como reglas de conducta, las que se detallan a continuación: a) fijar de lugar de residencia, el que no variará sin previo aviso al tribunal; b) comparecer una vez cada tres meses ante la seccional N° 24 de Policía; c) someterse al cuidado de la Dirección de Promoción del Liberado (art. 27 bis del CP); d) acreditar mensualmente el cumplimiento de las obligaciones escolares a través de certificado emitido por la autoridad del establecimiento escolar al que concurre; e) la prohibición de acercamiento, a una distancia de 200 metros, respecto de la víctima Eduardo Antonio Funes Aravena.

2.- Recurso de revisión

El recurso se articula en función del art. 495, inc. 6 del CPP, ese sentido, la defensora oficial considera que la sentencia es arbitraria ya que se aparta de los arts. 416, inc. 4, 155 y 359 del CPP, en tanto el juez subrogante al motivar su decisorio se fundó exclusivamente en la confesión del acusado, sin analizar la escasa prueba de cargo existente.

Por ello, insta la nulidad del fallo de conformidad al art. 155 del CPP.

Considera que del registro audio visual de la audiencia en la que se formalizó el juicio abreviado, no surge en ningún momento una valoración concreta y razonada de la prueba obrante en el expediente.

Por lo tanto, entiende que la sentencia conculca el principio de congruencia, el derecho de defensa en juicio, la garantía del juicio previo, el estado jurídico de inocencia y la correcta administración de justicia.

Pretende que atento a las escasas pruebas reunidas en autos, y la absoluta falta de fundamentación de la sentencia, se declare la nulidad de la misma, de conformidad a las perspectivas de la creación pretoriana de la nulidad por cosa juzgada irrita.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 104/106, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto.

Para así concluir considera que el **juicio abreviado** cuestionado por vía recursiva es válido de conformidad a las previsiones del art. 359 del CPP, en razón que el propio acusado admitió la imputación, oportunidad en que fue informado junto con su defensor de todos los derechos y las consecuencias que entrañaba dicha admisión y decidió libremente consentir la aplicación del procedimiento.

En efecto, señala que de los registros audiovisuales de la audiencia celebrada el día 8 de enero de 2019 el juez formuló las preguntas de rigor al justiciable, esto es si deseaba que los presentes obrados concluyeran mediante la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, si reconocía los hechos y su participación en los mismos y si aceptaba la pena que se había pactado; respondiendo a todas aquellas preguntas de forma afirmativa.

Por ello, considera que la defensa oficial no ha podido demostrar que el consentimiento del acusado no haya sido prestado, tal como el caso del art. 495 inc. 6 del CPP, sino que, surge claramente del análisis del caso planteado en autos que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para el juicio abreviado.

De tal manera, los motivos que expresa la impugnante para recurrir carecen del debido sustento, y funda en esa falencia el rechazo del remedio articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

En efecto, del acta de la audiencia obrante a fs. 67, surge que entre la fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción de Malargüe y la defensa particular de Prieto Valenzuela, acordaron la realización del juicio abreviado inicial (art. 359 CPPP) respecto del siguiente hecho «el día 19 de diciembre de 2018,

aproximadamente a las 02:00 horas mientras Eduardo Antonio Funes Aravena y Jimena Angelina Barrera se encontraban en el interior del parte del Ayer, ubicado sobre la ruta 40 de Malargüe, se apersonaron en el lugar Rodrigo Ezequiel Prieto Valenzuela alias "el Maña"; Marcos Alexander Castro Soto (menor imputable) y le colocó a Eduardo Funes un cuchillo tipo corta pluma, mediante, en el cuello y finalmente Augusto Nicolás Sánchez Lucero (menor imputable) le colocó un arma en la cabeza tipo tumbera, con un caño de color cromado y otro caño en la parte posterior y un gatillo similar a los de las armas y les sustrajeron violentamente una billetera con doscientos pesos, tres dólares, la tarjeta del colectivo urbano de Mendoza, un celular marca Samsung J5».

Según las constancias del legajo, el hecho fue calificado como robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° del CP).

Del registro audio visual de la audiencia celebrada el 8 de enero de 2019, se desprende que el juez de modo expreso explicó al acusado si había comprendido lo que se estaba tramitando en el marco del procedimiento de juicio abreviado inicial acordado, del mismo modo le manifestó a Prieto Valenzuela si entendía que iba a tener una condena y, que si bien tenía la posibilidad de recuperar la libertad de inmediato tenía que cumplir las reglas de conducta que el juzgador determinara y que, en caso de incumplimiento de las normas impuestas, podía perder nuevamente la libertad (registro audiencia audio visual 5:50/ 6:50).

Luego de lo cual, el a quo dictó la sentencia condenatoria en el marco del art. 359 del CPP, encontrándose acabadamente cumplida la manda legal que impone al juzgador que haga conocer al acusado, los derechos y los alcances del juicio abreviado.

Con lo que, según las constancias relevadas, encuentro que el acusado fue debidamente informado del significado, alcance y las consecuencias del acuerdo celebrado y homologado por el órgano jurisdiccional.

En función de lo expuesto, considero que los agravios de la defensa no alcanzan la entidad suficiente para invalidar la sentencia debido a que no encuentro asidero en ningún elemento incorporado a la causa, de modo que no es posible tenerlos por verificados.

No caben dudas que un consentimiento prestado en las condiciones aludidas por la recurrente derivarían en un vicio de entidad tal que justificaría la invalidación del acto procesal. De hecho no sólo el acta de fs. 67, permite descartar el argumento de la defensa sino también el relevamiento del soporte audiovisual que actúa como acta digital del debate.

Así, en el minuto 5:50 al 6:50 del registro audio visual, que contiene la audiencia en la cual el imputado prestó el consentimiento para la realización del juicio abreviado, puede observarse cómo el juez de sentencia le explica oralmente al imputado los alcances del acuerdo alcanzado, el tipo de pena propuesta por la fiscal y la defensa, y la calificación legal en que se encuadra la conducta que se le atribuye. A ello agrego que en el minuto 9:48 a 10:09 del video, el acusado responde reconociendo el hecho y su responsabilidad, pasándose luego a la lectura de la parte dispositiva de la sentencia.

Todo lo dicho permite sostener que las afirmaciones de la recurrente no se sostienen en elementos verificables empíricamente mediante la compulsión del expediente, con lo cual concluyo que el agravio debe rechazarse.

Como consecuencia de lo anterior, creo que no puede tener acogida favorable en esta instancia el agravio en tanto la declaración de validez del consentimiento prestado en el debate implica también el consentimiento del contenido de la acusación fáctica y jurídica tenida por acreditada por el juez en la sentencia (art. 359 del CPP).

En efecto, la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que constituye una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido.

Esto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el consentimiento de ese acto intervino el defensor del imputado como asesor técnico, suscribiendo ambos el acta sin formular objeción alguna y consintiendo las referencias apuntadas en relación a lo acontecido en la audiencia celebrada.

Sin perjuicio de la solución propiciada, encuentro pertinente realizar algunas consideraciones en relación al modo en que debe ponerse en conocimiento al acusado de los alcances del acuerdo.

Como es sabido, el debido proceso comprende una serie de condiciones formales y sustantivas que deben respetarse para que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos.

Tales condiciones se concretan en las garantías procesales que son reconocidas por la Constitución Nacional, la Constitución de Mendoza y por una serie de tratados internacionales, entre los que destacan la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este sentido, la Constitución de Mendoza es clara al señalar que «[t]odo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de veinticuatro horas [...]» (**art. 19**) y que «[t]oda persona detenida podrá pedir por sí, u otra en su nombre, que se le haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado por juez igualmente competente, la causa de su detención [...]» (**art. 21**).

Por su parte, y en este mismo orden, el art. 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma que a las personas que están siendo detenidas se les debe garantizar sin demora (a) información sobre las razones de la detención y (b) notificación de los cargos que se les atribuyen.

A ello debe agregarse que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9.2 dispone que «[t]oda persona será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora de la acusación formulada contra ella».

Como se advierte, en dichas normas se ampara el derecho de defensa y la garantía de la libertad personal, pues se permite a la persona acusada tener conocimiento oportuno de los motivos de la detención y, frente a medidas que considere arbitrarias o ilegales, es posible activar diversos mecanismos de defensa. Ahora bien, para que tales garantías no resulten ilusorias es indispensable que la información y notificación se realice en forma tal que la persona a quien se dirige comprenda cabalmente su contenido.

Si bien la Constitución Nacional, la Constitución de Mendoza, ni los instrumentos internacionales antes mencionados no menciona específicamente al «**lenguaje claro**» como un requisito de legalidad para las comunicaciones de los órganos estatales, las previsiones señaladas dejan entrever que la claridad y asertividad de las comunicaciones estatales es fundamental para garantizar el debido proceso legal.

Este criterio también puede verse específicamente en los **arts. 8.2.a y 8.2.b** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran respetivamente el derecho del inculcado a ser asistido por un intérprete si no comprende o no habla el idioma del tribunal y a que se le comunique de manera previa y detallada la acusación formulada. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza la asistencia gratuita de un intérprete, cuando la persona acusada «[...] no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal [...]» (art. 14.3.f).

La necesidad de que la justicia se exprese con lenguaje claro es un requisito fundamental de las decisiones republicanas y democráticas, pues materializa el acceso de las personas involucradas en el proceso concreto a las decisiones públicas que se toman en relación a ellas.

Esta exigencia de claridad es transversal a todas las prácticas públicas, y por ello en el ámbito jurisdiccional alcanza a todas las materias. Sin embargo, entiendo que más concretamente en materia penal esta exigencia de claridad se patentiza aun más y resulta exacerbada, dado que el sistema penal tiene –al menos– tres características particulares: i) el proceso penal implica el llamado público a una persona por un hecho delictivo que se le atribuye; ii) ese llamamiento público responde a intereses generales de la comunidad, como no dejar impunes ciertas conductas consideradas especialmente graves, y no imponer penas a quienes no son responsables; y, iii) la consecuencia de un procedimiento penal es, o bien la imposición de restricciones graves a la libertad, o bien la declaración de desvinculación de una persona de la responsabilidad penal mediante el sobreseimiento o la absolución.

Más concretamente aún, en los supuestos del procedimiento de juicio abreviado (art. 359, 418, 419 y 420 CPP), la claridad en el lenguaje constituye una materialización decisiva del derecho a entender que es ya inherente al debido proceso legal.

Si bien toda persona tiene el derecho de conocer y comprender las decisiones de los jueces y sus fundamentos, el procedimiento abreviado supone una particular forma de realización del juicio, con especificidades en relación con la investigación, la posición del acusado frente a los hechos, la pena a imponerse y la posibilidad de impugnar la condena, entre otros puntos. Que el acusado comprenda en detalle las consecuencias del acuerdo alcanzado requiere que los términos jurídicos del mismo le sean explicados en lenguaje claro y llano.

En el juicio abreviado este derecho a «comprender» los alcances del acuerdo resulta imperativo en tanto la persona acusada es la destinataria que consiente el procedimiento y luego debe cumplir las consecuencias del acuerdo solicitado y homologado por el órgano jurisdiccional.

Resulta imperioso que a la persona acusada se le explique con lenguaje comprensible y claro las circunstancias y las derivaciones de lo acordado, en tanto la esencia del juicio abreviado reside en la solución del conflicto penal como una construcción horizontal entre los diversos sujetos involucrados (conf. «**Ibáñez Guillermo**»).

Garantizar que la persona acusada conozca en detalle las implicaciones del procedimiento abreviado constituye –como ha señalado esta Sala en «**Egea, Mariano Raúl**»– una responsabilidad que atañe tanto

al defensor, como al fiscal interviniente y al juez, que deben consultar a la persona acusada si comprendió el alcance del acuerdo y del procedimiento para asegurar que su consentimiento sea resultado de una adecuada comprensión de los factores relevantes. A mi juicio, esta responsabilidad de todas las partes admite diferentes intensidades.

En efecto, la defensa técnica es la responsable de informar a la persona acusada acerca de sus derechos, sus opciones procesales, las implicaciones jurídicas y prácticas de sus actos y elecciones procesales, las posibilidades recursivas y de todas aquellas cuestiones que en cada caso concreto resulten relevantes para la garantía de sus derechos.

Por su parte, que la persona acusada conozca los alcances del acuerdo del juicio abreviado también requiere de la colaboración de la Fiscalía, que tiene el deber de no obstaculizar y asegurar la información necesaria a aquéllos fines. Por último, a la jurisdicción le compete el deber de controlar que la persona acusada haya sido puesta en conocimiento acabadamente de la información relevante.

En este sentido, y de acuerdo a lo que esta Sala ha destacado en el caso **«López Pros»** «[...] la obligación de informar adecuadamente los alcances del procedimiento de juicio abreviado no es una mera formalidad, toda vez que la aceptación de responsabilidad por un hecho con sentido jurídico penal y de una sanción, puede traer consecuencias determinadas por la situación procesal de la persona acusada que deben ser conocidas antes de tomar una decisión».

Para ello, y como se dijo, el juez debe controlar que se le haya explicado adecuadamente a la persona acusada, en lenguaje claro, las implicaciones del acuerdo, asegurándose que éste las haya entendido, para lo cual puede interrogarlo y eventualmente reformular las expresiones empleadas.

Este ejercicio de interacción permite descartar que la persona acusada no haya comprendido acabadamente el acuerdo y las implicancias del procedimiento abreviado, posibilitando el correcto empleo de este último.

Finalmente, encuentro adecuado recordar que el compromiso del Poder Judicial de Mendoza en la profundización de políticas de acceso a justicia mediante el uso de lenguaje claro se ha traducido en la implementación de herramientas de acceso público, disponibles en el sitio Web institucional del Poder Judicial de Mendoza [www.jus.mendoza.gov.ar/Web/lenguaje-claro]. Allí, las partes pueden acceder a herramientas técnicas para materializar comunicaciones y decisiones que sean comprensibles por toda la ciudadanía. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de revisión articulado a favor de Rodrigo Ezequiel Prieto Valenzuela.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de octubre de 2021.-

34- ARANDA MOYANO. ALANIZ LOPEZ. 25-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	EGT	A	R	CR	-	-	-	-	474
-	-	-	AF	PCE	-	EGT	A	R	CR	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=690>

Lex: Art. 80, inc. 7°; 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Tentativa. Valoración probatoria. Arma de fuego.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** como autor del delito de homicidio agravado criminis causae en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 80, inc. 7°; 42; 41 bis; 55 y 166, inc. 2° del CP).

La **defensa** interpone recurso sosteniendo que el sentenciante ha valorado erróneamente las pruebas y que no se han aplicado las reglas de la sana crítica racional.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N°1400 pronunciada por el TPC N° 2- 1° C.J.

Precedentes citados

α-SCJM

- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(M.C.)

Ver Capítulo I. Delitos contra las personas. Delitos contra la vida. Homicidios

35- LLANES RAMOS. 02-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211102_FcLRJ.pdf

Lex: Art. 162, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Hurto simple. Amenazas simples. Valoración de la prueba.

Summa:

El **JPC** condena al nombrado a la pena de **un año de prisión** por el delito de hurto simple en concurso real con amenazas simples (arts. 162, 55, 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación a tenor de lo dispuesto por los arts. 474, incs. 1 y 2 del CPP. sostiene que la jueza de la instancia previa resolvió de manera injusta, arbitraria, manifiestamente parcial a la hipótesis del representante del Ministerio Fiscal y no probada con el grado de certeza requerido en esta instancia procesal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6946, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Narambuena. 04-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05456898-8/1((018501-22149/20)) F C/ LLANES RAMOS JUAN DANIEL P/ HURTO SIMPLE (ART 162 CP) (22149/20) (22149) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105634207*

En Mendoza, a los dos días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05456898-8/1, caratulada "F. C/ LLANES RAMOS, JUAN DANIEL P/HURTO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica del imputado Juan Daniel Llanes Ramos interpone recurso de casación contra la sentencia N° 6.946 y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de un año de prisión por el delito de hurto simple en concurso real con amenazas simples (arts. 162, 55149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 22.149/20 por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] en fecha 9 de marzo de 2020, siendo las 12:00 hs. aproximadamente, quien fuere posteriormente identificado como Juan Daniel Llanes Ramos, sin ocasionar daño y/o ejercer violencia sustrajo del interior del vehículo marca Fiat modelo Qubo, dominio MKO 066 de color blanco, el cual estaba estacionado sobre calle 9 de Julio y Peatonal de ciudad de Mendoza, vereda este, un celular marca Iphone de color blanco con funda de látex transparente de propiedad de Víctor Nahuel Villarreal. Seguidamente, al percatarse la víctima de la situación, y gracias a las características físicas de Llanes Ramos aportada por transeúntes, lo siguió por calle 9 de Julio, lo perdió de vista cuando ingresó al Mercado Santa Ana, y luego lo observó caminando sobre calle 9 de Julio y Rivadavia de ciudad, dándole alcance en el interior de un bar, sito en calle Rivadavia N° 167. Lugar donde observó al sindicado con la res furtiva en una de sus manos, le propinó un golpe de puño, recuperando su celular. Por último, en el interior del bar referido ut supra, Juan Daniel Llanes Ramos, en momentos en que logró zafarse de la aprehensión privada que se había realizado, le manifestó a Víctor Nahuel Villarreal: «yo sé quién sos Villarreal, ya te voy a dar vuelta», causando temor en el mismo».

Para así decidir, la jueza de la instancia previa valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Víctor Nahuel Llanes, Jorge Luis Rivero y José Luis Farneti, el acta de procedimiento de fs. 34 y los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Juan Daniel Llanes Ramos promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por los arts. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En tal sentido, sostiene que la jueza de la instancia previa resolvió de manera injusta, arbitraria, manifiestamente parcial a la hipótesis del representante del Ministerio Fiscal y no probada con el grado de certeza requerido en esta instancia procesal.

Con relación al hurto simple, manifiesta que la jueza de sentencia obtuvo certeza para condenar a su asistido, no obstante el acusado haber declarado que encontró el celular caído en el suelo de calles 9 de Julio y Peatonal, no haber testigos presenciales del momento del supuesto apoderamiento de dicho celular del interior del vehículo.

Destaca en este sentido la contradicción del denunciante que afirmó que siempre estuvo alerta y a una distancia de tres metros del auto. Respecto de esta última circunstancia, cuestiona que la supuesta víctima no haya podido observar a nadie sustraer el celular del vehículo, atribuyéndole a un transeúnte la afirmación de que una persona introdujo medio cuerpo en el auto y lo sacó.

Entiende que la mera tenencia del teléfono celular en poder del acusado en el Bar «JS», luego de transcurridos 20 o 30 minutos, no permite inferir la comisión del apoderamiento ilegítimo que se le atribuyó a su defendido.

Afirma que el convencimiento de la jueza de sentencia sobre la existencia de la materialidad del hurto no ha sido formado a partir de las pruebas fehacientes y concretas de la causa, ni tampoco a partir del análisis armónico de todo el conjunto, como lo manifiesta en los fundamentos.

Asegura que nadie afirmó ver a su asistido sacar el celular del interior del vehículo de la víctima, como así tampoco, nadie negó que el acusado haya recogido el celular del piso.

Agrega que la sentenciante tomó de las declaraciones de Villarreal prestadas en el acta de denuncia y en el debate, sólo lo que apoyaba su fallo condenatorio, sin considerar las contradicciones en que incurrió el testigo y que fueron objeto de interrogatorio por parte de la defensa.

Por ello, considera que los esfuerzos argumentativos para dar crédito a los dichos contradictorios del denunciante sobre la existencia no probada del transeúnte están teñidos de una parcialidad manifiesta.

Por otro lado, señala que es lamentable la animadversión hacia el acusado a cuyos dichos no se les concedió ab initio ni siquiera el beneficio de la duda, lo que constituye una violación flagrante al derecho de defensa.

Respecto a la condena por amenazas simples, menciona que al igual que con el delito de hurto simple, la única fuente de conocimiento es el denunciante, porque su defendido negó en su declaración haber proferido amenaza alguna.

Indica que José Luis Farneti, empleado del Bar «JS», cuya declaración se incorporó por lectura, es el único testigo de los hechos acaecidos en ese lugar y no dijo una sola palabra de la existencia de las amenazas.

Agrega que la sentenciante tuvo por acreditadas las amenazas y que para ello recurrió a una invención inadmisibles porque no tiene ninguna apoyatura en las constancias de la causa, la cual consistió en atribuirle a Farneti temor de sufrir algún riesgo psicofísico por parte de Llanes.

Finalmente, expone que sin perjuicio de la señalada arbitrariedad –principal vicio que impugna la sentencia que cuestiona– ésta ha incurrido en errónea aplicación del derecho, específicamente del debido proceso legal, la defensa en juicio, el estado de inocencia y el principio del in dubio pro reo. Añade que la sentenciante también ha faltado a las reglas de la sana crítica racional.

Con base en lo expuesto solicita se revoque la sentencia cuestionada y se resuelva a favor de la absolución del acusado Juan Daniel Llanes Ramos en orden a los delitos atribuidos en las presentes actuaciones.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material del hecho y la autoría del acusado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por la jueza de sentencia.

Precisa que la sentenciante se explayó en el análisis de la declaración de la víctima, del oficial de policía que intervino en la aprehensión del encartado y del resto de los testimonios que fueron incorporados debidamente es esa etapa procesal para condenar al acusado.

Conforme a ello, entiende que luce fundado el razonamiento de la jueza de la instancia previa, en tanto sostuvo que no tenía apoyatura la versión del acusado puesto que, no encontrándose en duda que éste tenía el celular en su poder y surgiendo de los dichos de la víctima que una persona lo vio cuando el acusado lo sustrajo del automóvil de aquél, la materialidad del hecho y su autoría se encuentran acreditadas.

Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Ante todo debo señalar que si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos en tanto no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de descalificarla como acto jurisdiccional válido.

Por otra parte, cabe recordar que, como se ha dicho en otras oportunidades, no es la función de esta Sala «[...] realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas por el tribunal de juicio porque a ese último sólo corresponde dicha función valorativa, pero sí corresponde verificar que el a quo contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que la misma se encuentra motivada de una manera lógica y convincente» (ver, «Narambuena Sepúlveda», entre otros).

Dicho esto, advierto que la defensa dirige su crítica a cuestionar la materialidad del hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, la declaración testimonial brindada por la víctima, Víctor Nahuel Villarreal.

De este modo, el recurrente centra su estrategia en sostener, por una parte, la veracidad de la versión brindada por el acusado en tanto negó el hecho que conformó la hipótesis acusatoria y, en cambio, sostuvo que el celular lo encontró en la vereda y que en todo momento estuvo dispuesto a devolverlo ante el reclamo de su titular.

Por otro lado, asegura que la versión brindada por el testigo Villarreal no encuentra sustento en ningún elemento de juicio agregado al debate.

Para llegar a tal conclusión, la defensa sostiene que no hay testigos que acrediten el momento del supuesto apoderamiento del celular del interior del vehículo por parte de su asistido. Del mismo modo, alega una contradicción en el relato de la víctima, en tanto sostuvo que siempre estuvo alerta y a una distancia de tres metros del vehículo.

Conforme a estas circunstancias cuestiona que la víctima no haya podido observar el supuesto apoderamiento y que ello haya sido observado por un transeúnte, respecto del cual la víctima no recabó sus datos personales ni tampoco podría reconocer.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia. Ello por cuanto las conclusiones de la defensa surgen a partir de un análisis sesgado de los elementos de juicio

que dan sustento a la materialidad del acontecimiento perpetrado por el acusado Llanes y, de reverso, la jueza de sentencia dio adecuadas razones para otorgarle fuerza convictiva a la declaración testimonial prestada por la víctima en la audiencia de debate, la que fue debidamente corroborada con la prueba periférica que dio sustento a sus dichos.

Al respecto, la jueza de la instancia previa entendió que el relato brindado por la víctima en la audiencia de debate fue **coherente, sólido y creíble** al señalar cómo acontecieron los hechos.

Especialmente, desde que advirtió que no estaba el celular en el interior de su vehículo hasta que logró su recuperación en poder del acusado. Entendió también que la versión de los hechos se encontraba corroborada con la testimonial del Oficial Rivero quien tuvo a su cargo la aprehensión de Llanes, y del testigo Farneti, cuya testimonial fue incorporada por lectura con acuerdo de las partes.

Con relación a este último testigo, quien se desempeña como mozo en el bar «JS», destacó que el acusado entró apresurado al referido local comercial y le pidió entrar al baño, lo que fue impedido por la víctima que a continuación ingresó al lugar y tras lo cual se produjo un altercado entre ambas partes (ver registro audiovisual, día 6/11/20, a partir del minuto 20:05).

Destacó también la sentenciante que la conducta asumida por el acusado Llanes con posterioridad a que se apoderara del celular en cuestión –contrariamente a lo sostenido por el acusado al ejercer su defensa material– era demostrativa no sólo de que fue el autor del hecho que se le atribuye, sino también de su intención de no devolver lo sustraído.

En tal sentido, la jueza de sentencia señaló que «[...] *si hubiera querido devolver el celular a su legítimo dueño, no hubiera salido huyendo, pidiendo el baño, como dije hace instantes buscando un lugar donde refugiarse, hubiera dejado el celular, tanto en el Mercado «Santa Ana» o bien en algún lugar de la peatonal o a alguno de los preventores que circulaban permanentemente por esa zona o al mismo mozo Farneti ya que lo conocía, podría haberlo dejado y decir me encontré este celular, no es mío y lo dejo acá*» (ver, a partir del minuto 29:23).

Tampoco resulta procedente el cuestionamiento de la defensa referido a que la supuesta víctima no haya podido observar el momento en que se apoderaron de su celular. Ello por cuanto, tal como se desprende de los registros audiovisuales, Villarreal sostuvo que en tal oportunidad se encontraba cargando y descargando mercadería hasta que recordó que había dejado la ventanilla del vehículo abierta.

Relató que cuando llegó a su vehículo pudo observar el faltante de su celular, ocasión en que un transeúnte le aportó las características físicas y de vestimenta de quien momentos antes había sustraído el celular de su vehículo.

Por otra parte, la jueza de la instancia previa también valoró que a partir de las características aportadas por el ocasional transeúnte, la víctima pudo advertir quién había sido el autor del hecho, ya que lo conocía de la zona y sabía que era una persona conflictiva, sospecha que, en definitiva, se confirmó al encontrar a Llanes en poder del celular en circunstancias temporo-espaciales cercanas al acontecimiento ilícito.

Del mismo modo, no puede prosperar el agravio vinculado a que la sentenciante habría tomado del acta de denuncia y de lo declarado por la víctima en audiencia de debate los elementos conducentes para incriminar al acusado.

Ello por cuanto el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad, en función del conjunto de indicios tenidos en consideración por la jueza de sentencia para llegar a una solución condenatoria, de las supuestas contradicciones en las que habría incurrido la víctima Villarreal en las dos oportunidades en donde prestó su testimonio, vinculado a la actividad desplegada por el testigo que presenció el apoderamiento del celular.

Por otro lado, y tal como se desprende de los registros audiovisuales, el testigo Villarreal, ante la pregunta de la defensa referida a este aspecto, explicó detalladamente que el transeúnte –a quien no le preguntó sobre sus datos personales por la premura del momento– lo acompañó hasta la calle Rivadavia y no ingresó con él al mercado «Santa Ana». Aclaró que después perdió contacto con éste y siguió sólo hasta el bar «JS» ubicado en calle España (ver, registro audiovisual, día 28/10/20, a partir del minuto 34:20).

Conforme a lo hasta aquí analizado, no puede prosperar el vicio vinculado a la omisa consideración por parte de la jueza de la instancia previa del relato de los hechos brindado por el acusado Llanes, puesto que, justamente, fue en función del análisis de los elementos de juicio descriptos que la sentenciante consideró que la declaración del acusado no lograba derrumbar lo declarado por la víctima y las pruebas que sustentaban sus dichos.

Del mismo modo, y con relación al delito de amenazas simples por el que también resultó condenado Llanes, la defensa cuestiona que los fundamentos brindados por la jueza de la instancia anterior adolecen del mismo vicio, en tanto sustentó la materialidad de las amenazas y la responsabilidad del acusado en la sola declaración de la supuesta víctima. A ello agrega que el testigo Farneti, a quien la sentenciante le otorgó plena credibilidad, refirió que no advirtió que Llanes amenazara a Villarreal en tal oportunidad.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia. Ello por cuanto, en primer orden, y tal como se analizó precedentemente, la jueza de sentencia consideró, con base a las constancias de la causa, que el relato de Víctor Villarreal era creíble y desprovisto de cualquier intencionalidad ilegítima en contra de los intereses del acusado.

En segundo orden, y en lo que respecta a lo declarado por Farneti, la jueza de la instancia previa dio suficientes razones para justificar la declaración del testigo en el sentido indicado por el censurante. Al respecto, la sentenciante consideró que Farneti pudo haber negado la existencia de amenazas para proteger su integridad psicofísica (ver, a partir del minuto 37:41).

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez de la instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal. De tal manera, no es posible predicar la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo para adoptar la decisión que aquí se cuestiona. Ello, en tanto no se advierte arbitrariedad en el análisis de la valoración de los elementos de prueba pues motivado de una manera lógica en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención del acusado en ellos.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiende corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Juan Daniel Llanes

Ramos y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 6.946 dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

36- ESCALANTE CAMARGO. 02-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA AI	P	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=673>

Lex: Art. 166 inc. 2° párrafo 3, 166 inc. 2, párrafo primero, supuesto 1°, 167 inc. 2° del CP. Art. 474 inc. 2°. Art. 2 del CPP. Art. 18 CN

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y Banda. Concurso ideal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años y tres meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda, todo en concurso ideal (artículos 166 inc. 2° párrafo 3, 166 inc. 2, párrafo primero, supuesto 1°, 167 inc. 2° del CP)

La **defensa** interpone recurso de inconstitucionalidad pues considera que en el caso concreto se encuentra conculcado el debido proceso legal (art. 18 CN). En esa línea estima que el órgano jurisdiccional se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional y que debió haber absuelto a su asistido por imperio del art. 2 del CPP. recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2° por entender que el a quo se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional, como así también que no se ponderó el fin de resocialización de la pena. También interpone recurso de inconstitucionalidad por considerar que se encuentra conculcado el debido proceso legal (art. 18 CN)..

El **Procurador General** entiende en relación al recurso de inconstitucionalidad considera que las deficiencias en su redacción impiden su admisión formal y su debido tratamiento. En este sentido advierte que el defensor no expone con precisión y claridad cuál es la cláusula constitucional violada por la norma contraria a ella, omitiendo el cumplimiento de la condición formal, necesaria para el tratamiento del remedio intentado.

Que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por cuanto no concreta el agravio. En relación al recurso de inconstitucionalidad propone su desestimación por cuanto el recurrente no expone de manera precisa cuál es la cláusula constitucional vulnerada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1311, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Pereira Soria. 04-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcPereira.pdf
- Campos Castro.

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1OTI=&tabla=c2M=>

- Bullones Baeza. 04-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180504_FcBBL.pdf
- L.A. 104-298; 142-289
- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-05507066-5/1((018602-18602)) FC/ ESCALANTE CAMARGO BENJAMIN EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105686887*

En Mendoza, el día dos de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05507066-5/1 caratulada "FC/ ESCALANTE CAMARGO, BENJAMÍN EZEQUIEL POR ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa particular de Benjamín Ezequiel Escalante Camargo interpone recurso de inconstitucionalidad y de casación contra la sentencia N° 1.311, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial que lo condenó a la pena de siete años y tres meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda, todo en concurso ideal (artículos 166 inc. 2° párrafo 3, 166 inc. 2, párrafo primero, supuesto 1°, 167 inc. 2° del CP) que se le atribuyen en la causa N° P- 786.521/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que «el 31 de diciembre de 2019, a las 11:45 horas Benjamín Ezequiel Escalante Camargo y otro sujeto NN ingresaron al local comercial de bebidas llamado Mayor Carrodilla, ubicado en calle Manuel A Sáenz 8153 de Carrodilla, Luján de Cuyo. Acto seguido, Benjamín Escalante Camargo previo exhibir un cuchillo a las víctimas y junto a otro sujeto no identificado, el cual esgrimió un arma de fuego también a las personas que allí se encontraban, sustrajeron a las mismas los siguientes elementos: ochenta y tres mil pesos en efectivo (\$83.000) bebidas blancas, las llaves del local, una llave negra con botones, siendo esta el control remoto de la persiana eléctrica, las llaves del vehículo, una billetera de color marrón de cuerina desgastada, que contenía dos mil pesos (\$2.000), una tarjeta de débito del Banco Santander, un carnet de conducir. Seguidamente, los encartados se dieron a la fuga a pie, corriendo y abordaron un vehículo marca Peugeot 205, color gris oscuro, dominio TTR-767, el cual era conducido por un tercer sujeto tampoco habido aún en la causa, al ser observada dicha acción por un vecino del lugar, es que el mismo informó a través del CEO el dominio del vehículo, el cual arrojó como

resultado que el titular registral se domicilia en el Barrio Huarpes, manzana I, casa 25 de Godoy Cruz, por lo que el personal policial se dirige a dicha morada, y procede a la aprehensión en la vía pública de uno de los sospechados, quién coincidía con las características físicas aportadas por la víctimas, siendo el mismo Benjamín Ezequiel Escalante Camargo». Para así decidir, el tribunal valoró la declaración testimonial de Sebastián Andrés Repetto Luna, de Gabriela Analía Bellandi Maturana, del oficial Alejandro Inglada, de Arnaldo Enrique Llorens Pérez, de José Luis Guzmán, entre otros elementos probatorios, detallados minuciosamente a fs. 94 y vta. de los fundamentos resistidos.

2. Recurso de inconstitucionalidad y de casación de la defensa

En relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, la defensa considera que en el caso concreto se encuentra conculcado el debido proceso legal (art. 18 CN). En esa línea estima que el órgano jurisdiccional se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional y que debió haber absuelto a su asistido por imperio del art. 2 del CPP.

En cuanto al recurso de casación funda su reclamo en el art. 474 inc. 2° del CPP, por entender que la sentencia puesta en crisis adolece de vicios formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

Cuestiona la valoración de las declaraciones testimoniales de Sebastián Andrés Repetto, Carolina Sechi, Gabriela Analía Bellandi y José Luis Guzmán; de Arnaldo Enrique Llorens Pérez y de los policías actuantes.

A la vez que discrepa con la valoración de las testimoniales de Janeth y Johana Díaz. Por otro lado, cuestiona el monto de la pena impuesta y considera que la jueza le otorgó una interpretación al art 41 inc. 2° de CP, en relación a la prevención especial, sin ponderar el fin resocialización de la pena. Afirma que la jueza hipotetizó sobre la existencia de los antecedentes penales del acusado lo que se evidencia en la falta de criterio en la aplicación del monto punitivo. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 126/128 el señor Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación e inconstitucionalidad planteados.

En relación al recurso de inconstitucionalidad considera que las deficiencias en su redacción impiden su admisión formal y su debido tratamiento. En este sentido advierte que el defensor no expone con precisión y claridad cuál es la cláusula constitucional violada por la norma contraria a ella, omitiendo el cumplimiento de la condición formal, necesaria para el tratamiento del remedio intentado.

En cuanto al recurso de casación propone idéntica solución toda vez que el recurso de casación sólo expresa una declaración de principios sin concreción alguna de agravios, ya que si bien hace referencia a la que considera una valoración arbitraria y parcial de las declaraciones testimoniales, resaltando a modo de introducción la existencia de contradicciones y descalificación de los testigos de la defensa, no profundiza el tema ni articula en torno a esas frases un desarrollo recursivo que permita inferir cuáles son los vicios que intenta señalar. Por ello expresa que las breves e incompletas alusiones no alcanzan a auto abastecerse como para abrir formalmente el trámite del recurso.

Ahora bien, no obstante las consideraciones de índole formal que anteceden, el Procurador estima que tampoco puede prosperar el remedio desde la perspectiva sustancial, toda vez que el recurso exhibe una evidente discrepancia con la valoración que efectuó la sentenciante de las pruebas producidas en el debate, especialmente respecto de las declaraciones testimoniales rendidas con la finalidad de beneficiar a su pupilo. Por otro lado, a su criterio, la sentencia luce debidamente fundada y surge de manera clara

que el tribunal contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida a los fines de condenar a Benjamín Ezequiel Escalante Camargo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

a. Sobre el recurso de inconstitucionalidad.

a. En relación al recurso de inconstitucionalidad planteado anticipo el rechazo formal del mismo.

Este Cuerpo ha reiterado en forma pacífica y reiterada, que la censura promovida sólo es procedente, siempre que se cuestione la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia constitucional, es decir, cuando el agravio cuestione alguna de las normas mencionadas, y no cuando se objeten las decisiones jurisdiccionales. (L.A. 104-298; 142-289, entre otros). En el caso concreto se verifica, según surge de los agravios aludidos en el recurso que el censurante ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad en base a lo previsto en el art. 489 del C.P.P fundándolo en la alegada arbitrariedad de la sentencia por vicios en su motivación.

Ello implica su inviabilidad formal, en tanto la defensa dirige el ataque contra una resolución judicial porque en ésta no se habrían observado las normas que conminan con sanciones procesales el resguardo de garantías constitucionales, y no porque se hubiera aplicado una norma inconstitucional o bien se hubiera negado su aplicación declarándola erradamente inconstitucional. Por todo lo expuesto, el recurso promovido no puede prosperar.

b.- Sobre el recurso de casación

Sobre el recurso de casación interpuesto adelanto que tampoco será de recibo. Avocado al tratamiento del recurso de casación entiendo que el agravio central del recurrente plantea que el tribunal de mérito ha valorado en forma arbitraria el material probatorio de la causa pues, según afirma en su recurso, los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar al dictado de una sentencia condenatoria, específicamente, al tener por cierta la participación de Escalante Camargo en los hechos intimados.

En ese sentido, sostiene que la sentencia aquí impugnada no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, en tanto la sentenciante ha ponderado la prueba legalmente incorporada en contraposición a los postulados de la sana crítica racional, siendo este el vicio del que hace derivar el pedido para que este Cuerpo anule el decisorio en crisis y ordene el reenvío de los presentes al subrogante legal a los fines de realizar un nuevo juicio.

Preliminarmente, me parece importante destacar que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. Lo afirmado en el párrafo anterior resulta de apreciar que, en lo que aquí resulta pertinente, los elementos probatorios reunidos y legalmente incorporados a la causa, han sido adecuadamente ponderados por el tribunal de juicio, en un todo de acuerdo con lo imponen los arts. 206

y 409 del CPP. Esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de la experiencia común. El censurante no ha logrado demostrar, a más de su genérica presentación, el apartamiento de estas reglas.

En esa labor, resulta fácilmente apreciable que la jueza detalló minuciosamente los elementos de convicción que le permitieron tener por acreditado, en cuanto aquí resulta pertinente para la solución de la queja incoada, la efectiva intervención material del acusado en los hechos que constituyeron el objeto del proceso.

Además, fundó adecuadamente el valor otorgado a ellos, luego de cotejar de modo detallado unos con otros, de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de los mismos. Por su parte justificó las razones que la condujeron a descartar peso convictivo a ciertos elementos presentados por la defensa del acusado, marginándolos, de ese modo, del razonamiento por el que alcanzó el grado de certeza sobre el extremo de la imputación delictiva aquí cuestionado –autoría– por el defensor. Al respecto, estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmover los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante. De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Éste es precisamente el defecto que advierto en la presentación de la defensa en cuanto tacha de arbitraria la fundamentación de la sentencia. No sólo hace una consideración fragmentaria de los argumentos tenidos en cuenta por la juzgadora a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate, sino que, además, lejos de dar mayores precisiones respecto del modo en que la sentenciante ha incurrido en vicios de arbitrariedad en la motivación de su solución, simplemente los evoca.

Sentado cuanto precede, y sobre la base de las consideraciones expuestas, corresponde ahora ingresar en el tratamiento particular de los argumentos utilizados por la recurrente en la construcción de su crítica formal. Del modo en que lo adelantara, el recurrente entiende que la prueba valorada por la jueza, no permite tener por acreditado el supuesto fáctico investigado, ni tampoco la utilización de armas, que no hubo secuestro de la res furtiva. La defensa critica la valoración de las declaraciones testimoniales de las víctimas, esto es de Sebastián Andrés Repetto Luna, Carolina Sechi, Gabriela Analía Bellandi Maturana, Arnaldo Enrique Llorens y José Luis Guzmán y considera que sus dichos son parciales y por tanto insuficientes para fundar la certeza para el dictado de la sentencia condenatoria.

A la vez encuentra que las declaraciones de Janet y de Johana Díaz quitaron certeza y claridad a las testimoniales de las víctimas. Presentados de ese modo los agravios defensivos, entiendo que sus

esfuerzos no son suficientes para alcanzar lo que se propone, esto es, hacer decaer la validez del razonamiento de la jueza sentenciante en lo que respecta –particularmente– a la contundencia del caudal probatorio para tener por cierto que el imputado fue autor del delito imputado. Ello por cuanto, según se advierte, el examen pormenorizado de las premisas en las que la recurrente sostiene su planteo, contrastado con las constancias de la causa y los fundamentos de la sentencia impugnada, conducen al rechazo total de la impugnación.

En efecto, analizado el discurrir lógico por el que atraviesa la fundamentación de la pieza impugnada se observa que, tras verificar la ocurrencia del hecho objeto del proceso –aspecto no cuestionado– esto es, la participación del acusado junto a otros dos sujetos en el evento criminoso, la jueza se expidió sobre la participación del acusado junto a otros sujetos en el evento criminal refiriendo las intervenciones activadas que tuvieron en todo momento. En este sentido, destacó que aquéllos actuaron con premeditación, se valieron de elementos ofensivos, intimidaron por demás a la víctimas, las amenazaron, sustrajeron pertenencias ajenas y dispusieron plenamente de ellas (fundamentos, fs. 98 vta.)

En el despliegue argumental efectuado para justificar la decisión alcanzada, la jueza de anterior instancia, explicó que la certeza sobre ese extremo de la imputación surgía, principalmente, de las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate por parte de Sebastián Andrés Repetto Luna y de Gabriela Analía Bellandi Maturana, las que estimó corroboradas con los restantes elementos de prueba de carácter objetivo y subjetivo que fueron legalmente incorporados a la causa. En ese orden, destacó la correspondencia de aquellos relatos con la información que surgía de la actuación policial, la que fuera registrada en diversos instrumentos, tales como el desgrabado del CEO de fs. 122 y vuelta, acta de aprehensión de fs. 9 y acta de visu de fs. 15.

Ese cuadro probatorio se completó con el testimonio efectuado por el funcionario policial Diego Fernando Palma que materializó la aprehensión de Escalante Camargo. De igual modo el testimonio del agente policial Rodrigo Sebastián Viola quien señaló que se pasó por frecuencia policial el domicilio de un vehículo en el que los autores se habían dado a la fuga.

También narró que el acusado al principio tuvo una actitud evasiva y que sus características físicas coincidían con las aportadas, por lo que se procedió a la aprehensión. Al compartir las conclusiones a las que llegó la magistrada de la instancia anterior, debe confirmarse el razonamiento expuesto, desde que concurren una serie de elementos que, analizados en conjunto, no sólo le dan sentido a la hipótesis incriminatoria formulada en la sentencia, sino que, además, paralelamente habilitan a rechazar todos los cuestionamientos efectuados por la recurrente.

En primer lugar, varias razones me inclinan a coincidir plenamente en el análisis de valoración que realiza la sentencia sobre los testimonios de Sebastián Andrés Repetto Luna y de Gabriela Analía Belladini Maturana y, Arnaldo Llorenz Pérez puesto que se trata de manifestaciones que aportaron datos esenciales en la reconstrucción del ilícito investigado y, principalmente en la acreditación de la intervención del acusado.

De la compulsión de las constancias de la causa, y tal como fue debidamente analizado en los fundamentos que acompañan el fallo en análisis, fácilmente se comprueba que se trata de testigos privilegiados del hecho. Ese carácter resulta, por un lado, de haber sido víctimas del suceso, a la vez que espectadores, tales como Arnaldo Llorenz Pérez que aportó los datos del vehículo marca Peugeot 205, color gris oscuro,

dominio TTR- 767, en el que el acusado se dio a la fuga, circunstancia que permitió la posterior identificación y aprehensión de Escalante Camargo, en el domicilio de la titular registral del rodado, según constancias de fs. 84 y vta.

Por otro lado, el valor de sus relatos también se encuentra en que, tras observar esa secuencia de los acontecimientos, inmediatamente tomaron intervención los actuantes logrando finalmente la aprehensión del acusado en el Barrio Tres Estrellas, según surge del testimonio de los funcionarios policiales Diego Fernando Palma, Rodrigo Sebastián Viola. Es decir, la jueza analiza intrínsecamente el contenido de las diversas declaraciones y las valoró dentro del marco contextual en que se produjeron los hechos.

En segundo lugar, advierto que la corrección del razonamiento seguido por la jueza interviniente para dar por cierta la autoría de Escalante Camargo en el hecho investigado encuentra respaldo, además, en las actuaciones que dan cuenta de la labor policial. La razón principal de ello es que, como bien lo afirma la sentenciante, aquellas identificaciones espontáneas se integran y se complementan, en términos probatorios, con la información que circulaba por la frecuencia policial, que fuera aportada por Arnaldo Enrique Llorens Pérez, las características físicas del aprehendido coincidían con las aportadas por las víctimas. Por consiguiente, advierto que este profuso cuadro probatorio cargoso no ha sido rebatido de manera suficiente por el recurrente, quien no analiza ni refuta convincentemente la certeza alcanzada acerca de la intervención de su representado en el hecho enrostrado a partir de su contenido.

De tal manera sus críticas aparecen como aisladas, en base a premisas que no encuentran sustento alguno en las constancias de la causa. De allí que la duda que intenta introducir la defensa sobre aquel extremo de la imputación delictiva, no puede ser considerada a los efectos de hacer decaer el razonamiento plasmado en la sentencia analizada, porque el sentido de los elementos de convicción destacados precedentemente, no han sido desvirtuados por la defensa, ni explicados convincentemente por el acusado al momento de realizar su descargo.

Entiendo que los argumentos hasta aquí brindados también son útiles para contestar y contrarrestar cada uno de los motivos de censura alegados genéricamente por el recurrente. Así, en contra de las afirmaciones defensasistas, entiendo que ha quedado suficientemente demostrada la efectiva persecución del acusado por parte de dos personas que, sin ser víctimas del hecho, asumieron ese comportamiento de forma inmediatamente posterior a la comisión del ilícito. Además, estimo que tampoco existe margen para la duda acerca de la coincidencia entre las características morfológicas y de vestimentas que fueron informadas al personal policial actuante durante las tareas de investigación, con las que efectivamente se constataron en quien resultó aprehendido, minutos después de consumado el ilícito, y en las inmediaciones del lugar del hecho. Como se analizó, la prueba es contundente y coincidente al respecto.

En definitiva, y como lo adelantara, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva, sino que tampoco se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio. Estimo que, sobre este tramo de su impugnación, donde el recurrente cuestiona el razonamiento seguido por el tribunal de juicio para justificar el grado de certeza probatoria alcanzado para tener por acreditada la participación en calidad de autor de Escalante Camargo en los hechos intimados, a más de la manifiesta imprecisión y de la falta de concreción con que son presentados, los agravios casatorios sólo representan argumentos y afirmaciones propios de la posición asumida que evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de mérito en la fundamentación del fallo, carentes de

virtualidad para desvirtuar la validez de la sentencia impugnada. Lo que conduce, de modo indubitable, a su desestimación.

En cuanto al reclamo casatorio vinculado al monto de la pena, entiendo que también debe rechazarse. Estimo importante destacar que el recurrente no otorga aquí mayores precisiones respecto de la manera en que el tribunal a quo ha incurrido en arbitrariedad en su razonamiento.

A lo sumo, este agravio se extrae del fragmento del recurso mediante el cual se expresa, vagamente, que el tribunal «*[l]o condenó a la pena de 7 años y 3 meses de prisión, casi la mitad del máximo, se le dio al art. 41 inc. 2 CP sólo funcionalidad en cuanto a la prevención especial, sin ponderar el fin resocializador de la misma consagrado constitucionalmente, y ni que hablar de sus antecedentes penales, de hipotizar (sic) la existencia de los mismos, nos damos cuenta de la falta de criterio en la aplicación del monto punitivo*» (ver recurso, fs.112).

Al respecto cabe señalarse que la jueza sentenciante ha hecho expresos los motivos, por los que consideró que la pena de siete años y tres meses de prisión resultaba adecuada respuesta al ilícito cometido por el acusado.

En tal sentido ponderó como circunstancias agravantes que el acusado planificó el suceso, que existió un grado de violencia ejercida sobre las víctimas a través de amenazas respecto de una persona menor de edad, que aquéllos fueron tirados al piso e insultados en forma permanente, la extensión temporal del sometimiento percibido por las víctimas y testigos, la ejecución del hecho a plena luz del día con muchas personas en el lugar, la impunidad con la que se desempeñaron en el interior del establecimiento, el temor generado y los perjuicios morales y psicológicos ocasionados, como también el desequilibrio económico que sufrieron las víctimas. En cuanto a las condiciones personales consideró que el acusado es un adulto mayor, casado, con tres hijos, sin antecedentes penales computables, sin adicción a las drogas y al alcohol. Del equilibrio de estas circunstancias la jueza consideró que la penalidad justa para el acusado es de siete años y tres meses de prisión en efectivo (fundamentos, fs. 100).

En consecuencia, de acuerdo con la valoración realizada en la sentencia de las pautas legales de mensuración de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP, a partir de la calificación legal asignada al hecho, la tarea del tribunal de instancia anterior se muestra ajustada legalmente, toda vez que la pena impuesta se encuentra dentro de la escala penal aplicable y se aprecia razonablemente fundada.

Por las razones expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Comparto la solución que propicia mi Colega de Sala en orden al rechazo del recurso de inconstitucionalidad y de casación planteados, por las consideraciones que han sido expuestas.

Ahora bien, en orden a la calificación jurídica de los hechos aquí investigados, estimo oportuno tener presente la posición asumida en el precedente “**Pereira Soria**”, “**Campos Castro**” y “**Bullones Baeza**”, a cuyos fundamentos, en tanto resultan aplicables me remito en honor a la brevedad.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de Benjamín Ezequiel Escalante Camargo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

37- CARMONA LUJAN. 08-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	R	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=677>

Lex: Art. 164, 42, 50, 58 del CP. Art. 474 del CPP

Vox: Robo simple. Tentativa. Individualización de la pena. Unificación de penas. Método aritmético. Método compositivo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **un año y ocho meses de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del CP). En esa oportunidad, también se unificó la pena antes individualizada con la de dos años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo impuesta por el JPC N° 2 mediante sentencia N° 5.397, en la pena única de tres años y diez meses de prisión; como también se declaró su reincidencia (art. 50 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación por considerar que existen vicios in iudicando.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1640, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Ríos. 27-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181226_FcVRR.pdf
- Gómez Gelada. 17-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210917_FcGGP.pdf

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “En lo que a la unificación de penas se refiere, entiendo que tampoco le asiste razón a la recurrente, puesto que tal operación se ha efectuado de acuerdo a las constancias de la causa y a la jurisprudencia emanada de este Tribunal. En efecto, de conformidad a lo sostenido en el precedente «Vega Ríos», los casos de unificación de condenas y unificación de penas se diferencian los unos de los otros en tanto representen, o no, un caso de vulneración a las reglas del concurso de delitos. Mientras que la unificación de penas procede en supuestos de delitos cometidos con posterioridad a una condena pronunciada por sentencia firme, la unificación de condenas se impone en los supuestos donde se hayan cometido delitos con anterioridad al dictado de una primera condena firme.”... “Siendo así, corresponde señalar que en los «casos en que **las penas a unificar**, de acuerdo a las escalas penales previstas en abstracto por los respectivos tipos penales endilgados, se presenten **cuantitativamente** por encima de **los mínimos legales**, [...] la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de la **suma aritmética** de los montos punitivos determinados para cada delito juzgado y condenado, y, de manera excepcional, el sistema de la composición», tal como ha ocurrido en autos.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-06713886-9/1((018602-7203)) F C/ CARMONA LUJÁN, JOSÉ GABRIEL Y VARAS ROMERO, ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105974385*

En Mendoza, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06713886-9/1 caratulada "F. C/ CARMONA LUJÁN, JOSÉ GABRIEL Y OT. P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de José Gabriel Carmona Luján interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.640, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de un año y ocho meses de prisión por considerarlo autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-7.203/21.

En esa oportunidad, también se unificó la pena antes individualizada con la de dos años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo impuesta por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 mediante sentencia N° 5.397, en la pena única de tres años y diez meses de prisión; como también se declaró su reincidencia (art. 50 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] el día 19 de [e]nero de 2021, siendo las 22.00 horas en el domicilio ubicado en calle Cabildo 2398 de Guaymallén, José Gabriel Carmona Luján y Alejandro Daniel Varas Romero, previo a forzar el portón de ingreso a la propiedad, reunieron varios electrodomésticos para llevárselos, viendo frustrado su accionar por la llegada de personal policial quienes procedieron a aprehenderlos, encontrándose uno de ellos en el patio del domicilio y el otro en el living del mismo. Uno de ellos tenía en sus ropas un control remoto color negro marca Samsung y setecientos pesos en efectivo pertenecientes a la víctima Valeria Natalia Alvarado Sosa» (fundamentos, video filmación 7:31/9:17).

2.- El recurso de casación de la defensa de José Gabriel Carmona Luján

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Concretamente considera que el tribunal aplicó erróneamente los arts. 40, 41 y 50 del CP, en tanto no debería haber aplicado una pena y una unificación tan gravosa teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

En ese orden, señala que esa defensa solicitó, atento a la confesión de su pupilo, la aplicación de una condena acorde no sólo con las circunstancias del caso concreto sino también con la colaboración prestada por su pupilo y sus circunstancias personales.

Expresa que la jueza no tuvo en cuenta las disposiciones legales que rigen la materia no sólo respecto de la aplicación de una pena tan gravosa, considerando el mínimo y el máximo previsto para el delito atribuido, sino también en relación a la revocación de la condena anterior y posterior unificación, utilizando un sistema aritmético en lugar de hacerlo mediante el sistema compositivo.

Agrega que el acto sentencial pone de manifiesto que no se ha tenido en cuenta las circunstancias del hecho relatadas por su defendido, ni su situación personal y los motivos que lo llevaron a delinquir.

En función de ello, solicita se case la sentencia aplicando la pena solicitada por esa defensa, esto es, la pena de diez meses de prisión y la unificación compositiva con la sentencia dictada con anterioridad. En subsidio, se revoque la sentencia y se ordene el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación articulado. Así, entiende que no han sido arbitrarios los fundamentos relativos al monto de pena impuesta, por lo que resulta atribución del juez de grado la fijación de la pena, en la medida que se mueva legalmente entre el mínimo y el máximo de la escala penal del delito de que se trate. En relación a la unificación efectuada mediante el sistema aritmético, señala que es totalmente factible en tanto la operación cuestionada no puede actuar en desmedro de la cosa juzgada de las sentencias anteriores.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizada la resolución cuestionada y los agravios del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de José Gabriel Carmona Luján, conforme se explicará a continuación.

Tal como surge del planteo recursivo, los cuestionamientos giran en torno al monto de pena impuesta por la sentenciante y al método utilizado para unificar esa sanción con otra impuesta con anterioridad, en los que no advierto ninguna falencia o arbitrariedad que desvirtúen el acto sentencial.

A los fines del análisis propuesto, resulta conveniente señalar que a José Gabriel Carmona Luján y a Alejandro Daniel Varas Romero se les atribuyó inicialmente, de acuerdo al hecho detallado precedentemente, el delito de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 167, inc. 4 y 42 del CP).

Sin embargo, al momento de formular los alegatos y luego de cotejar la prueba producida durante el debate con la instrumental incorporada, el representante del Ministerio Público Fiscal modificó aquella calificación legal por la de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP), encuadre jurídico al

que adhirieron los letrados defensores de los acusados, aunque solicitaron una pena menor que la requerida por la acusación, conforme surge de fs. 1 de los fundamentos bajo análisis.

En oportunidad de dictar sentencia, la jueza interviniente consideró que «los imputados de autos procedieron a desplegar las conductas reprochadas [...] del modo en que ha sido denunciado y conforme ha quedado acreditado en la plataforma fáctica tenida en cuenta como históricamente cierta», por lo que entendió «como justa y equitativa la pena de UN AÑO Y OCHO MESES de prisión en efectivo, además de la correspondiente declaración de reincidencia, conforme las previsiones del art. 50 del Código Penal». Y agregó que «la entidad del hecho, expuesta por la defensa técnica como “menor”, tan solo por el valor de los bienes en juego, no concurriendo daños mayores, puede ser tomado como atenuante, pero no a los efectos de aplicar los mínimos legales de la pena» (fundamentos, fs. 7/8).

Contrariamente a lo que afirma la recurrente, la determinación del monto de pena impuesta se encuentra debidamente fundada, en tanto la a quo destacó las circunstancias objetivas y subjetivas relevantes para individualizar la pena que correspondía a imponer a José Gabriel y, con base en ellas, ponderó las que a su criterio operaban como agravantes y atenuantes, estimando procedente alejarse del mínimo solicitado por la letrada defensora.

En ese orden, señaló como **agravantes** las horas de nocturnidad en las que los acusados emprendieron la acción; la actuación conjunta de ambos para forzar con mayor premura y facilidad los ingresos de la vivienda; el forzamiento de una ventana de seguridad y del ingreso inmediato a la propiedad; el ataque a la propiedad ajena, en una zona densamente poblada; los daños psicológicos sufridos por la víctima que tuvo que mudarse de su propiedad por temor; y el perjuicio económico derivado del ilícito.

Asimismo, consideró en perjuicio del acusado que es una persona educada, con posibilidad de aprender e interpretar las reglas de conducta social y que ha demostrado una falta de apego a ellas, teniendo en cuenta sus antecedentes penales, específicamente, que posee una condena firme.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, la jueza interviniente señaló que los encartados acataron de inmediato la orden de alto emitida por el personal policial cuando fueron sorprendidos, que no dañaron a ninguna persona y el reconocimiento de los hechos.

No puede dejar de señalarse que también fueron consideradas las alegaciones defensivas en orden a obtener una pena menor para Carmona y su compañero de causa, aun cuando fueron descartadas por la sentenciante debido a que ni «la imposibilidad de reinserción social, la carencia de recursos económicos para atender a las cargas familiares ni el consumo de alcohol [...] fue[ron] acreditado[s] debidamente, tal es así que el día de los hecho ambos [acusados] tenían recursos para beber alcohol, admitiendo que estuvieron tomando un rato antes en una estación [de] servicios, por lo cual si existió falta de ingresos para comida de sus hijos, tal situación no habría acontecido».

Tampoco se acreditó que «fuer[a]n el sustento de su hijos» y cuando fueron «preguntados por su adicción a las drogas o al alcohol, ninguno de ellos afirmó claramente padecer adicciones», tal como sostuvo a fs. 11 de los fundamentos cuestionados. De tal manera, a mi criterio, la motivación del acto sentencial resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, puesto que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

A la luz de la reiterada jurisprudencia pronunciada por esta Sala para conllevar **tal extrema solución los defectos del acto jurisdiccional deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de**

fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre y, por ello no se advierte la infracción al art. 416 inc. 4 del CPP señalada.

Por otro lado, y tal como he señalado en otras oportunidades –ver precedente «**Gómez Gelada**»–, la escala penal de un delito resulta el marco dentro del cual el sentenciante debe decidir cuál es la pena que considera justa y equitativa conforme las circunstancias del caso y en consonancia con las disposiciones de los art. 40 y 41 del Código Penal.

En el caso concreto la pena impuesta se encuentra comprendida en la escala asignada para el delito atribuido –robo simple en grado de tentativa– que fluctúa entre los veinte días de prisión –como mínimo– y los tres años de prisión – como máximo– (arts. 164 y 42 del CP); y en el que el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó para el hecho por el que formuló acusación un año y ocho meses de prisión en efectivo, monto de pena al que se ha ceñido la jueza de instancia anterior, brindando adecuadas razones para fundar su decisión.

En lo que a la unificación de penas se refiere, entiendo que tampoco le asiste razón a la recurrente, puesto que tal operación se ha efectuado de acuerdo a las constancias de la causa y a la jurisprudencia emanada de este Tribunal.

En efecto, de conformidad a lo sostenido en el **precedente «Vega Ríos»**, los casos de unificación de condenas y unificación de penas se diferencian los unos de los otros en tanto representen, o no, un caso de vulneración a las reglas del concurso de delitos. Mientras que la unificación de penas procede en supuestos de delitos cometidos con posterioridad a una condena pronunciada por sentencia firme, la unificación de condenas se impone en los supuestos donde se hayan cometido delitos con anterioridad al dictado de una primera condena firme.

En el caso que nos ocupa, resulta claro que correspondía efectuar una unificación de penas, toda vez que Carmona Luján contaba con una condena firme y se encontraba a la fecha de comisión del hecho bajo los beneficios de la libertad condicional, tal como se consignó a fs. 10 de los fundamentos impugnados. Concretamente, el acusado de autos fue condenado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado, mediante sentencia 5.397 de fecha 02/03/2020, a la pena de dos años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Siendo así, corresponde señalar que en los «casos en que **las penas a unificar**, de acuerdo a las escalas penales previstas en abstracto por los respectivos tipos penales endilgados, se presenten cuantitativamente por encima de los mínimos legales, [...] la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de la **suma aritmética** de los montos punitivos determinados para cada delito juzgado y condenado, y, de manera excepcional, el sistema de la composición», tal como ha ocurrido en autos.

Ello, teniendo en cuenta que mediante la condena firme anterior se impuso una pena superior a los dos meses de prisión –previsto como mínimo de la escala penal correspondiente a los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional (art. 189 bis, inc. 2°, segundo párrafo del CP) y de lesiones leves dolosas doblemente agravadas por mediar violencia de género y una relación de pareja preexistente (art. 89 en función del 80 del CP)– y mediante la sentencia aquí impugnada se impuso también una pena alejada del mínimo previsto para el delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 en función del 42 del CP), esto es, 20 días de prisión.

Cabe agregar que «la decisión de recurrir y optar por el mecanismo excepcional, sea este el de la composición o el de la suma aritmética, debe ser fundada» (al respecto ver «Vega Ríos»).

En el caso, tal recaudo no resulta exigible, puesto que la jueza se apegó a la regla establecida en el precedente aludido. En función de las consideraciones anteriores y como ya señalé, entiendo que la fundamentación llevada a cabo por la sentenciante no sólo ha sido adecuada a las constancias de la causa y a la jurisprudencia aplicable a la materia, sino que se encuentra suficientemente motivada, por lo que los agravios casatorios propuestos deben ser rechazados en esta instancia.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión. Estas circunstancias ponen de resalto que la resolución impugnada no resulta arbitraria y no se verifica en ella ningún defecto que la invalide como acto jurisprudencial, por lo que debe ser convalidada en esta instancia.

Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios, para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Gabriel Carmona Luján y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.640 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

38- MARTINEZ. 05-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=679>

Lex: Art. 163 inc. 6° del CP. art. 477, 455 del CPP. Art. 18 de la CN. art. 1 del Anexo de la Ac. N° 29051

Vox: Hurto agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Daño con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones. Daño agravado por ser cometido sobre objetos ubicados en lugares públicos. Interposición del recurso casatorio. Formalidades para interposición de recursos. Inadmisibilidad. Consentimiento válido en el juicio abreviado. JAI cuestionado. Compulsa. Colegio de Abogados.

Summa:

El TPC condenó al señalado –bajo la modalidad de juicio abreviado final– a la pena de **un año de prisión en efectivo**, como autor penalmente responsable del delito de hurto de vehículo dejado en la vía pública que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-783.171/19 y, también, como coautor penalmente responsable del delito de daño con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad, o en venganza de sus determinaciones, en concurso ideal con daño agravado por ser cometido sobre objetos ubicados en lugares públicos, que se imputó en el marco de los autos N° P-32.916/21 (art. 163 inc. 6, arts. 184, inc. 1°, acápite “e”, inc. 5° y 54, todos del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1655, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Casal, Matías Eugenio 20-09-05:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1692757510577>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Llorente.

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-06725355-2/1((018602-783171)) FC/ MARTÍNEZ AGUSTÍN NAHUEL P/..HURTO DE VEHÍCULO (P-783171/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105985172*

En Mendoza, a los cinco días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06725355-2/1 caratulada “F. C/MARTINEZ, AGUSTÍN NAHUEL P/ HURTO DE VEHÍCULO DEJADO EN LA VÍA PÚBLICA S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa del acusado Agustín Nahuel Martínez formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.655 de fecha 6 de julio de 2021 y sus fundamentos expuestos en forma oral, mediante la cual se condenó al nombrado –bajo la modalidad de juicio abreviado final– a la pena de un año de prisión en efectivo, con costas. Esto por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de hurto de vehículo dejado en la vía pública que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-783.171/19 y, también, como coautor penalmente responsable del delito de daño con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad, o en venganza de sus determinaciones, en concurso ideal con daño agravado por ser cometido sobre objetos ubicados en lugares públicos, que se imputó en el marco de los autos N° P-32.916/21 (art. 163 inc. 6, arts. 184, inc. 1°, acápite “e”, inc. 5° y 54, todos del Código Penal):

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditados los hechos contenidos en las piezas acusatorias de citación a juicio.

Respecto de los autos N° P-783.171/19, consideró demostrado que «[e]l día 21 de Mayo de 2019, en horario no precisado pero comprendido entre las 18:00 hs y las 00.00 hs del día siguiente, Jorge Damián Chades Villegas y Agustín Nahuel Martínez se hicieron presentes en las inmediaciones del complejo de departamentos ubicados en calle San Martín N° 2155 de Las Heras, Mendoza, oportunidad en la que observaron una motocicleta marca Zanella Rx 150 cc de color negro con rojo dominio 440-KVL perteneciente a Oviedo Napolitano, Juan Javier la que se encontraba aparcada en el estacionamiento del sector frontal del complejo antes consignando.

En tales circunstancias, y aprovechando que dicho estacionamiento es de acceso público y no cuenta con medidas de seguridad, los encartados sustrajeron la motocicleta referidas y se dieron a la fuga con el vehículo en cuestión».

En cuanto a los hechos endilgados en el marco de la causa N° P-32.916/21, juzgó probado que «[p]ara fecha 1 de abril de 2021, sin poder precisar hora exacta del hecho pero luego de la hora 18:30, Agustín

Nahuel Martínez ingresó a la sede de Comisaría N° 47 de Carrodilla, ubicada en calle San Martín N° 7686 de Carrodilla, Luján de Cuyo, siendo trasladado en Av. de antecedentes Ley 6722 art 11 inc. 3; momento en [el] cual, al verificar el personal policial que registra medidas judiciales pendientes, Martínez arroja un elemento contundente (jabón en barra) que se hallaba en un lavamanos, en dirección a la luminaria ubicada en el techo del pasillo de los calabozos causando el desprendimiento de un porta-plafón y la rotura y desprendimiento de un elemento plástico de otro porta-plafón, allí también ubicado».

Para llegar a esa conclusión, el juez a quo estimó procedente el juicio abreviado final solicitado por las partes, al verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 418, ss. y cc. del CPP.

Seguidamente, interpretó que los elementos de prueba reunidos en ambas causas conformaban un plexo sólido que confirma la hipótesis acusatoria sostenida en la teoría del caso por el representante fiscal.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello a tenor de lo normado en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, y art. 18 de la Constitución Nacional.

Aduce que el imputado no reconoce los hechos, según comunicación mantenida vía telefónica y que, por tanto, no está conforme con el juicio abreviado celebrado en autos, porque no entendió aquello que suscribió.

3.- Audiencia de informe oral

A través del sistema de video conferencia se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia del recurrente.

En dicha oportunidad, contando con la presencia del acusado, su defensor técnico **desistió de su voluntad de informar oralmente el recurso** oportunamente interpuesto, lo que fue admitido por este Tribunal (ver registros audiovisuales, audiencia 04/11/21).

4.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Advierte que se han cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en el rito penal para el juicio abreviado, por lo cual, los motivos que expresa el impugnante para recurrir, carecen del debido sustento. Señala que las constancias audiovisuales de la audiencia respectiva impiden observar vicios en el consentimiento prestado por el acusado, o que no haya contado con la debida asistencia letrada.

Tampoco que el tribunal se hubiera apartado de los términos del acuerdo presentado por las partes.

Finalmente, expresa que la sentencia atacada se encuentra suficientemente fundada, ya que el a quo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 y sgtes. del CPP.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

5.1.- De manera preliminar, conviene señalar que la vía impugnativa examinada no ha sido debidamente articulada por la defensa del acusado.

Ello por cuanto, según se desprende de la compulsa de las constancias de la causa, el letrado defensor presentó ante el tribunal de la instancia anterior únicamente la carátula prevista por la Acordada N° 29.501 y no el escrito recursivo correspondiente.

Ello, a mi entender, vulnera no sólo la normativa legal vigente, sino los más elementales principios que hacen a la garantía del debido proceso y la igualdad de armas, durante la etapa extraordinaria del proceso penal. Doy razones.

La presentación de una carátula que acompañe el escrito mediante el cual se canaliza la voluntad recursiva en el ámbito penal, conforma actualmente un recaudo previsto en la referida acordada y que forma parte del proceso de reglamentación y sistematización de pautas para agilizar la tramitación de los recursos extraordinarios que se interpongan en el fuero penal.

En esa directriz, se dispuso aprobar un reglamento –incorporado a la acordada de referencia como “Anexo”– mediante el cual se normativizaron las reglas para la interposición de las vías impugnativas extraordinarias reguladas en el ordenamiento procesal penal local.

De tal manera, las condiciones para la interposición de los recursos extraordinarios en materia penal –en general– y, del recurso de casación –en particular– previstas por el Código Procesal Penal continúan plenamente vigentes.

En este sentido, debe destacarse que el **art. 455** de aquel cuerpo legal dispone que «[l]os recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados».

Luego, y en particular, se establece que «[e]l recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma del letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos [...]» (art. 480).

Mientras que, por otra parte, el reglamento aprobado mediante la acordada referida, establece que «[e]l recuso extraordinario deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones cada una, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12 puntos) [...]» (**art. 1 del Anexo de la Ac. N° 29.051**).

La coincidencia en este punto surge evidente.

La acordada –y el reglamento aprobado en su oportunidad– prevén idénticamente que los remedios extraordinarios autorizados por la legislación adjetiva en el ámbito de la justicia penal deben ser interpuestos mediante la correspondiente presentación de un escrito.

Lo que sí se observa a través del anexo mencionado, es la reglamentación del contenido de dicho escrito. De tal manera, y en lo que aquí interesa, el legislador local estableció –genéricamente– que los recursos deben interponerse, tal como se señaló, con «específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados» y ello aparece especialmente reglamentado en los arts. 3 a 5 del Anexo mencionado.

En ese contexto, podemos afirmar que la sola presentación de la carátula –caso de autos– no sustituye de ningún modo el deber que tiene la parte recurrente de presentar el pertinente escrito recursivo, con la formalidades previstas en la ley procesal local, desde que ésta es la forma exigida para canalizar la voluntad recursiva de la parte que pretende someter un decisorio jurisdiccional a la revisión extraordinaria.

Las diferencias sustanciales entre «escrito» y «carátula» son aún más evidentes cuando repasamos las consecuencias que el legislador local ha previsto en los supuestos de omisión.

Pues si lo que se omite es la presentación de esta última, como se trata esencialmente de un instrumento que integra la presentación impugnativa, su ausencia no genera la inadmisibilidad del recurso, sino sólo un emplazamiento al recurrente para que subsane el incumplimiento y, en su caso, la extracción de compulsas para que los órganos que correspondan evalúen la actuación del presentante (art. 6 del Anexo de la Acordada N° 29.051).

En las circunstancias mencionadas, también debo señalar que la omisión de presentación del escrito recursivo no se supe con la sola referencia del recurrente acerca de su efectiva voluntad de informar oralmente la pretensión impugnativa intentada, conforme lo previsto en el art. 480 del CPP – tal como ocurre en el caso de autos–.

Es que esa audiencia oral tiene por función que las partes, en el marco de un contradictorio decididamente acotado, litiguen ante el Tribunal de Alzada, tanto los motivos de agravios expresados por escrito por la parte recurrente para sustentar su pretensión impugnativa, como la respuesta dada por la contraparte a esos argumentos.

De tal modo, la incidencia que tiene la expresión escrita de agravios –en la forma exigida por la legislación procesal– resulta fundamental para el desarrollo mismo de la referida audiencia oral, pues garantiza uno de los pilares fundamentales que hacen a la garantía del debido proceso legal.

Esto es, permitir que las partes en litigio puedan, dentro de un marco de igualdad, presentar ante el tribunal revisor sus pretensiones en cuanto a la impugnación en análisis.

Por lo tanto, si uno de los litigantes no tiene la posibilidad de conocer con certeza, claridad y profundidad cuáles son los cuestionamientos que invoca en su interés la parte que promueve la impugnación de una resolución jurisdiccional, por omisión de ésta de interponer en debida forma el recurso, ese comportamiento limita evidentemente la posibilidad de delinear su estrategia frente al caso.

En base a todo lo hasta aquí analizado, considero que el letrado recurrente incurre en una omisión reprochable en orden al cumplimiento de la normativa que establece los requisitos legales para la interposición del recurso de casación incoado que, más allá de lo que se analizará en el acápite siguiente, no puede ser soslayada.

Ello en tanto, esa omisión se acompaña con una ausencia clara de expresión de agravios, una solicitud de audiencia para informar oralmente el recurso interpuesto, y su posterior desistimiento manifestado inmediatamente de abierta la audiencia solicitada, justifican y autorizan la extracción de compulsas de las presentes actuaciones a los fines que los organismos correspondientes evalúen la actuación del recurrente (art. 6 del reglamento aprobado por la acordada de mención).

5.2.- Sin perjuicio de las deficiencias apuntadas en cuanto al modo de interposición del recurso de casación articulado por el defensor del acusado, a los fines de salvaguardar el derecho del acusado a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la posición de esta Sala Segunda a partir del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «**Casal**» (Fallos 328:3399) a continuación se revisará la condena impuesta a Agustín Nahuel Martínez. En efecto, los agravios simplemente sugeridos por la defensa giran alrededor de los argumentos mediante los cuales el tribunal de sentencia llegó a la solución condenatoria cuestionada.

Escuetamente expuesto, la defensa se queja sobre la aplicación del procedimiento abreviado en los presentes obrados, para lo cual señala la inexistencia de un consentimiento válido de parte de su representado, provocado por su falta de comprensión de lo ocurrido durante la audiencia.

No obstante ello, debe señalarse que la crítica así esgrimida por el recurrente no pasa de ser una discrepancia infundada con la posición adoptada por el tribunal de la instancia anterior cuando admitió la

aplicación del procedimiento de juicio abreviado solicitado por las partes, homologando a través de la sentencia aquí atacada el acuerdo alcanzado por ellas en todos sus términos. Razonamiento jurisdiccional en el que no se verifica la presencia de indicios que, aún mínimamente, pongan en tela de juicio el consentimiento libre y voluntario del acusado.

Al respecto, se comparte en esta instancia los argumentos expuesto por el Procurador General al evacuar la vista de ley conferida, en cuanto sostiene que en autos se han cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el rito penal para la aplicación del juicio abreviado final (art. 418 ss y cc del CPP), lo que sella la suerte adversa de la pretensión nulificante alegada por el casacionista.

En este sentido, conviene señalar que la reproducción de las constancias audiovisuales del soporte digital en el que obra la audiencia preliminar realizada, da cuenta de lo afirmado precedentemente. Veamos. Abierta la audiencia, el juez le cedió la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal interviniente, quien expresó que habían acordado con la defensa del acusado que la causa se resuelva mediante la aplicación del procedimiento de juicio abreviado.

Aclaró que ni la plataforma fáctica contenida en los requerimientos de citación a juicio de las causas iniciadas contra Martínez, ni las calificaciones legales de los hechos allí contenidos, iban a ser modificados (ver audiencia 06/07/21, a partir de min. 00:09:30).

Seguidamente, el acusador explicó frente al acusado los hechos que se le atribuían, las pruebas en su contra y la existencia de una condena anterior. También aclaró con claridad y simpleza terminológica el acuerdo al que se había arribado y la pena que habían acordado con su defensor, incluyendo la unificación solicitada.

Tramo de la audiencia en el cual, como bien lo apunta el Procurador, no se advierte en ningún momento que Martínez no haya comprendido aquello que se le estaba explicó, percibiéndose a través de la visualización del material respectivo, una adecuada y lúcida interacción de su parte (a partir de min. 00:10:35).

Por su parte, el juez de la causa, y previo a que fiscal señalara los hechos intimados, le preguntó al acusado si entendía lo que se le estaba explicando, y si estaba de acuerdo con la salida alternativa que se aplicaba en el caso, de acuerdo a lo acordado por su abogado defensor con representante del Ministerio Público fiscal, a lo que el acusado contestó afirmativamente e, incluso, le agradeció a este último por sus palabras (a partir de min. 00:14:00).

Posición que fue avalada expresamente por su abogado defensor -el mismo que en esta instancia extraordinaria se presenta como recurrente-, quien ratificó el acuerdo en los términos descriptos anteriormente por el fiscal (min. 00:14:40).

Luego de leídos los hechos (min. 00:15:40/00:19:04), el sentenciante le preguntó al acusado si los había entendido y, además, si admitía que aquellos habían ocurrido del modo en que aparecen descriptos en las respectivas piezas acusatorias, respondiendo Martínez que los había escuchado y que admitía que los mismos sucedieron de ese modo (00:19:16).

Añadió que había hablado con su defensor, con el que convinieron en solicitar el juicio abreviado, entendiendo que ello determinaba la aplicación de una pena única de cumplimiento efectivo (00:19:40). Al cierre de su alocución, reiteró que aceptaba los cargos que existían en su contra en los presentes obrados (00:20:04).

Seguidamente, el juez dio a conocer en la audiencia la parte resolutive del fallo recaído en autos y los fundamentos de su decisión.

Luego, consultó a Martínez si le había quedado alguna duda, lo que fue contestado en forma negativa por el acusado (00:26.30).

El desarrollo de la audiencia en los términos reseñados descarta que el consentimiento del acusado se haya visto afectado de algún modo que impida considerárselo como producto de su libertad y voluntad. Tampoco que no haya sido provisto de la información suficiente de lo que estaba ocurriendo en la audiencia, ni de los efectos que, sobre su situación procesal, producía la aplicación del procedimiento de juicio abreviado en los términos pactados.

Por último, tampoco se observa que el tribunal se haya excedido de los términos del acuerdo alcanzado por las partes.

En este sentido, la sentencia cuestionada ha resuelto el caso ajustando su contenido a los límites de la imputación libremente admitida por el acusado, en tanto lo condenó por su reconocida participación en los hechos juzgados, imponiendo por ellos el monto de pena convenido, y procediendo a efectuar la unificación compositiva con una sentencia anterior que registraba el encartado, en el quantum pactado. Por lo tanto, al advertirse que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad fáctico o normativo (Fallos 306:262;314:451) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impiden su calificación de acto jurisdiccional válido (Fallos 314:791; 321:1328; 322:1605) considero que –como lo adelantara al comienzo del presente acápite– el recurso de casación debe ser rechazado. En base a ello, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. S

obre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Agustín Nahuel Martínez.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Ordenar la extracción de compulsas en los presentes obrados desde la carátula de interposición del recurso extraordinario de casación hasta el presente resolutivo, y remitir al Colegio de Abogados, a los fines que se estime corresponder.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. Oficiése. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 5 de noviembre de 2021.-

39- CARRIZO PALLERO. 09-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=675>

Lex: Art. 164 del CP.

Vox: Robo simple. Consumación. Tentativa. Momento consumativo. Cambio de calificación.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **diez meses de prisión** de cumplimiento efectivo y costas, como autor penalmente responsable del delito de robo simple.

La **defensa** interpone recurso de casación. Solicita que se modifique la calificación del hecho pues a su juicio el robo no fue consumado, sino tentado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7007, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 438-47
- González Araya
- Molina Lucero
- Robledo Vergara. 09-05-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Guerra Mora. 19-07-21. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05566869-2/1((018502-7348)) F C/ CARRIZO PALLERO LUIS ANGEL P/ ROBO AGRAVADO (7348) (7348/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105750120*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05566869-2/1 caratulada “F. c/ CARRIZO PALLERO, LUIS ÁNGEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Luis Ángel Carrizo Pallero plantea recurso de casación contra la sentencia N° 7.007 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial por cuanto condenó al nombrado a la pena de diez meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, como autor penalmente responsable del delito de robo simple, en los autos N° 7.348/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Según la sentencia condenatoria, los hechos que se acusaron a Luis Ángel Carrizo Pallero fueron los siguientes «[...] el día 23 de enero del año 2020 siendo aproximadamente las 22:00 hs. Carrizo Pallero Luis Ángel junto a un sujeto masculino NN no habido ni identificado en esta etapa de la investigación, abordaron a Sosa Coria Sergio Raúl, quien abordaba un camión marca Renault modelo 420 color gris dominio FZF 757 que se encontraba estacionado sobre calle Tirasso N° 1035 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, Mendoza, para tras exhibirle un arma de fuego corta, manifestarle “quedate quieto que te quemo”.

Seguidamente Carrizo Pallero Luis Ángel junto al sujeto masculino NN no habido ni identificado en esta etapa de la investigación le sustrajeron a la víctima del interior del camión un bolso negro de viaje grande, con manija de tela con cuatro bolsillos, un pantalón corto [...], un pantalón de jean gris claro [...], un pantalón de jean celeste [...], una remera adidas color gris [...], una remera adidas manga corta color marrón claro [...], una remera adidas color naranja [...], cien mil pesos chilenos [...] y tres mil pesos argentinos [...] dándose a la fuga ambos prevenidos con los elementos en mención [...]» (v. constancias audiovisuales del día 02/02/2021 en autos, min. 07:43 a 9:32).

En mérito de la prueba producida durante el debate –particularmente, la falta de declaración de la víctima y de secuestro del arma– la jueza no consideró probado que el robo se hubiera cometido con el uso de un arma, motivo por el cual desestimó esa agravante –v. constancias audiovisuales, min. 28:00 a 39:50–. Por

otra parte, consideró que tampoco se había acreditado el robo de dinero que se había acusado, aunque sí el robo del bolso negro con su contenido –v. min. 39:50 a 48:00–. Por otra parte, la jueza abordó el planteo que la defensa hizo durante el debate relativo a que el robo no se había consumado, sino que había sido tentado. Tomó en cuenta que la sustracción del bolso había sido reconocida por el acusado y que se verificó tanto el desapoderamiento de la víctima como el apoderamiento por parte de los autores, quienes al menos por un instante tuvieron disponibilidad del objeto sustraído.

Señaló que el hecho de que la víctima lo encontrara posteriormente no obstaba que hubo un lapso de tiempo durante el cual fue desapoderada y los autores pudieron disponer del objeto –ver audiencia del día 02/02/2021 minuto 48:00 a 52:30–.

En base a tales consideraciones, la jueza consideró acreditado que «[...] el día 23 de enero del año 2020 siendo aproximadamente las 22:00 hs. Carrizo Pallero Luis Ángel junto a un sujeto masculino NN no habido ni identificado en esta etapa de la investigación, abordaron a Sosa Coria Sergio Raúl, quien abordaba un camión marca Renault modelo 420 color gris dominio FZF 757 que se encontraba estacionado sobre calle Tirasso N° 1035 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, Mendoza. Que en tales circunstancias Carrizo Pallero agarró a Coria Sosa y le exigió que le entregara el dinero, en tanto el otro sujeto masculino NN no habido ni identificado en esta etapa de la investigación se subió al camión y le sustrajeron a la víctima del interior del rodado un bolso negro de viaje grande, con manija de tela con cuatro bolsillos, un pantalón corto deportivo gris de talla XL, un pantalón de jean gris claro [...], un pantalón de jean celeste [...], una remera adidas color gris [...], una remera adidas manga corta color marrón claro [...], una remera adidas color naranja [...] dándose a la fuga ambos prevenidos con los elementos en mención [...]» –v. min. 52:20 a 53:47–. Para ello, valoró las declaraciones testimoniales de Juan Alejandro Laflor, Érica Janet Ponce, Raúl Alejandro Guidolín, Walter Ortega, y Jorge Ernesto Echeverría Cano, así como la declaración indagatoria del acusado Carrizo Pallero.

2.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la sentencia referida. Solicita que se modifique la calificación del hecho pues a su juicio el robo no fue consumado, sino tentado.

Sostiene que la sentencia se encuentra fundada sólo de modo aparente, al menos en relación con la consumación del hecho.

Explica que la sentencia se apoyó en los dichos del acusado para afirmar que al menos temporalmente tuvo la disposición del objeto sustraído, pero que la experiencia indica que no es posible que los hechos se hayan desarrollado como lo ha dicho el acusado, en cuanto a que el bolso fuera encontrado en un lugar distinto del desapoderamiento.

En ese sentido, considera que «[...] la Señora Juez enuncia conceptos pero no los funda». En otro orden, afirma, para sostener que el hecho investigado es una tentativa de robo simple (arts. 164 y 42 del CP), que los acusados se deshicieron del bolso sustraído «diez o quince metros» luego de hacerse con él, cuando aparecieron otros dos sujetos en una camioneta Hilux color negro, quienes les dispararon.

Esa distancia, afirma la defensa, es muy exigua para considerar que Carrizo y su cómplice se hayan «apoderado» del bolso, pues tampoco se ha acreditado que la víctima siquiera haya perdido de vista el objeto.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiera, el señor Procurador General considera que si bien la impugnación resulta formalmente procedente, no debe ser acogida en el fondo.

Explica que la sentencia condenatoria se encuentra debidamente fundada en relación con el punto cuestionado por la defensa y que la calificación provista es acertada, aun en el caso de tomar en cuenta la versión de la defensa.

Ello por cuanto el bolso en cuestión fue encontrado en un lugar diferente al que se produjo la sustracción, por lo que los autores pudieron disponer del mismo y dejarlo abandonado. Además, no fueron perseguidos en todo momento por la víctima.

Es decir, por un tramo de tiempo ellos pudieron disponer del bolso. Cita en apoyo de esta posición el **precedente «Molina Lucero»** de esta Suprema Corte de Justicia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que considero que el recurso de casación planteado por la defensa debe ser desestimado sustancialmente, en base a las consideraciones que a continuación expondré.

En primer lugar, advierto que el planteo realizado en esta oportunidad por la defensa es idéntico a uno ya formulado durante el juicio y contestado por la resolución impugnada, es decir, alegar que el robo no fue consumado.

Como se describió al reseñar la sentencia impugnada, esta cuestión ha sido expresamente abordada en la sentencia, sin que el recurrente refute las argumentaciones en virtud de las cuales la juzgadora rechazó su procedencia. Según lo ha resuelto este Tribunal en otras oportunidades, tal reiteración no acompañada de nuevos argumentos impide que prospere el recurso (L.S. 438-47, entre otros).

En segundo lugar, observo que aunque la defensa sostiene que la sentencia meritó erróneamente la declaración del acusado, no encuentro que haya sido demostrada una valoración contraria a las reglas de la sana crítica racional.

La crítica se asienta una afirmación meramente declarativa de la defensa, según la cual «el sentido común y la experiencia indican que no es posible que los hechos se hayan desarrollado como lo ha dicho el imputado».

Dicho en términos claros, la defensa solicita a esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia que modifique la sentencia por haberse basado –al menos en parte– en la declaración del acusado, a la que considera inverosímil.

Tal agravio no puede ser acogido en esta instancia, dado que no sólo no demuestra la existencia de vicios en el razonamiento que sustenta la sentencia condenatoria, sino que, además, se basa en el cuestionamiento de la credibilidad del descargo del propio acusado, sin incluir una valoración de las pruebas que sustente tal pretensión.

A ello se agrega, en tercer orden, que el planteo defensivo no cuestiona la plataforma fáctica que ha considerado acreditada la sentencia, sino que centra todo su esfuerzo argumentativo en el nivel de la aplicación del derecho.

El recurrente pretende modificar el grado de realización del delito y no los hechos que se consideraron probados. Para determinar si existió o no un robo consumado es esencial establecer si existió o no **desapoderamiento típico**.

Según la defensa, la prueba que acompaña la causa impide tener por cierto que Carrizo Pallero haya tenido un poder de disposición real sobre la cosa sustraída, ya que –salvo algunos instantes– la cosa no fue perdida de vista por la víctima.

Ahora bien, tal como fue reseñado, la jueza de la instancia previa explicó que el hecho fue consumado pues, aunque brevemente, existió un efectivo desapoderamiento en tanto el autor sustrajo la cosa de la esfera de custodia de la víctima y contó con la posibilidad de disponer sobre el bien.

Al respecto, la jueza interviniente señaló que «[...] en el debate ha sido cuestionado [...] que la sustracción no se consumó, que quedó en grado de tentativa toda vez que –de la declaración del imputado– surge que cuando se habían desplazado unos pocos metros nada más del lugar llevándose el bolso, fueron sorprendidos por personas que se desplazaban a bordo de una camioneta Hilux que les efectuaron disparos y entonces [...], manifestó el señor Carrizo Pallero, largaron el bolso y a los efectos de poder darse a la fuga con mayor facilidad y que el mismo fue entonces recuperado por la víctima. Entiendo, con respecto a este punto, que sí puede considerarse –no comparto el razonamiento realizado por el señor defensor– y entiendo que –como lo afirmó el señor Fiscal– sí puede considerarse consumado el hecho. Ello porque surge de la totalidad de la prueba que –como ya dije– efectivamente se había producido la sustracción del bolso.

Esta sustracción fue reconocida por el imputado, y entiendo que de acuerdo al propio relato que el mismo hace [...] surge claro y acreditado suficientemente para esta instancia procesal que el mismo realizó [...] o se verificaron los extremos de desapoderamiento de la víctima respecto del bolso, como también el apoderamiento por parte de los autores –en tanto se dieron a la fuga con dicho bolso–. Y que, al menos aunque sea –conforme la doctrina que sustenta esta interpretación y que comparto– al menos, aunque sea por un instante, tuvieron la disponibilidad del mismo.

Toda vez que el sentido común y la experiencia indican que no resulta estrictamente posible que a los pocos metros –diez o doce metros– aconteciesen los hechos tal cual lo ha manifestado el imputado, sin perjuicio de que puede haber sido, conforme lo ha dicho, perseguido por el propietario del camión que, como ya dije, en su declaración no reconoció esta circunstancia.

Pero puede también haber ocurrido el hecho –esta parte de la plataforma fáctica– tal cual lo ha dicho el imputado, pero lo cierto es que lo que surge acreditado es que el bolso fue abandonado, fue tirado, fue encontrado por la víctima en un lugar diferente al que se produjo la sustracción, sin que [según la defensa] esté acreditado con grado de certeza que efectivamente se produjo el desapoderamiento, y yo entiendo –de la interpretación que hago y de la valoración que hago de la prueba– que efectivamente el señor Carrizo Pallero y coautor pudieron disponer del mismo ya que lo dejaron abandonado y no fueron perseguidos –no fueron todo el tiempo perseguidos– por la víctima, y hubo claramente en el tramo desde

que lo desapoderan y se apoderan hasta que dejan el bolso, hubo –entiendo– claramente un tramo o un tiempo y una distancia en la cual pudieron efectivamente disponer del bolso.

Por lo tanto entiendo que se ha acreditado con grado de certeza que el hecho ha sido consumado [...]» (ver constancias audiovisuales del 02/02/2021 en autos, min. 48:00 a 52:30).

A mi juicio la explicación brindada en la sentencia atacada para concluir que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado resulta adecuada y no logra ser debilitada por los argumentos de la defensa, lo cual me conduce necesariamente al rechazo del agravio planteado.

La defensa no niega que el desapoderamiento tuvo lugar, pero afirma que la versión del hecho del acusado no pudo verosímilmente haber ocurrido y que debe estarse al tramo de su declaración según el cual él y su cómplice abandonaron la cosa robada a pocos metros del lugar del desapoderamiento.

Ello demostraría que no pudieron disponer de la cosa y, por tanto, consumir el robo.

Sin embargo, la defensa no ha tomado en cuenta los argumentos brindados por la jueza para arribar a la conclusión contraria, que comparto.

Debo aclarar que, tal como afirma la defensa, el momento consumativo del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que el autor haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes (ver al respecto «**González Araya**», «**Robledo Vergara**», «**Guerra Mora**», entre otros).

Sin embargo, y a diferencia de lo sostenido por la defensa, considero que asiste razón a la jueza de la instancia previa cuando afirmó que, aunque brevemente, Carrizo Pallero y su cómplice pudieron disponer del bolso sustraído, tal como surge de su propia declaración.

En definitiva, el recurso interpuesto por la defensa no puede prosperar debido a que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran, tal como se afirma en la sentencia cuestionada, que el robo perpetrado logró alcanzar su grado de consumación en tanto se verificaron, aunque durante un breve lapso, las condiciones necesarias como para que el acusado junto al sujeto que al momento no ha sido identificado pudieran disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído. Es decir, pudieron ejercer sobre ella cualquier acto que implicara su disposición material.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Luis Ángel Carrizo Pallero (conf. arts. 474 y 485 del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

40- HERRERA. 10-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=713>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. Reconocimiento en rueda positiva.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años y ocho meses** de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego.

La **defensa** interpone recurso de casación. Considera que la resolución referida padece vicios in procedendo, en tanto no se habrían observado las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar elementos probatorios de carácter decisivo

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2.187, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Llorente.**

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-05523212-6/1((038601-760393)) F. C/HERRERA, NICOLAS EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105705834*

En Mendoza, a los diez días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05523212-6/1, caratulada "F. C/ HERRERA BASTIAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica de Nicolás Exequiel Herrera Bastías interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 2.187 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal penal Colegiado de la Tercera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis años y ocho meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166, inc. 2, párr. segundo CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «para fecha 14 de octubre de 2019, siendo la 01:00 hs. aproximadamente, en oportunidad en que la víctima Julieta Rodríguez Vitelli caminaba por una calle interna del Barrio El Trébol de la Ciudad de San Martín, el hoy encausado, Nicolás Exequiel Herrera Bastías, previo apuntarle en la cabeza con un arma de fuego tipo revólver, marca Jaguar, calibre 32 de siete alveolos le expresó 'dame el teléfono' por lo que inmediatamente la víctima le entregó un teléfono móvil marca Iphone, modelo 6, de color gris con funda de color rosado» (véase soporte digital del día 20/11/2021, min. 03).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones brindadas por la víctima Julieta Rodríguez, su acompañante Josefina Gil y Antonella Bastías, el descargo del acusado, el resultado del reconocimiento en rueda de personas y el secuestro de la res furtiva, así como del arma de fuego utilizada para la ejecución del hecho. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Nicolás Herrera considera que la resolución referida padece vicios in procedendo, en tanto no se habrían observado las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar elementos probatorios de carácter decisivo.

Advierte que la sentencia de condena se basa únicamente en dos elementos. Por un lado, el reconocimiento de un testigo que sindicó al condenado como el autor del robo con un setenta por ciento de probabilidad.

Por otro, el haber sido hallado el acusado en poder de la res furtiva y el arma de fuego con la que se habría perpetrado el delito.

Como tales, estas dos pruebas no alcanzarían para fundamentar la condena. Adicionalmente, sostiene que la magistrada de la instancia anterior no ha tenido en cuenta la versión brindada por Nicolás Herrera.

Esta última estaría corroborada, por su parte, por la declaración de Antonella Bastías.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 5/6).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

Así, valida el razonamiento de la jueza de la instancia anterior en lo que hace al lugar central dado al hallazgo de la res furtiva y el arma de fuego en poder del acusado, así como el reconocimiento positivo por parte de una de las personas que acompañaba a la víctima al momento del robo.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

La defensa sostiene que las pruebas centrales sobre las que basa su certeza la jueza de la instancia anterior no son suficientes. Así, explica que la resolución analizada es un ejercicio de íntima convicción, pues no es razonable pensar que una condena se pueda sustentar únicamente en la posesión de la res furtiva y del arma utilizada para el robo, así como en el reconocimiento de uno de los testigos en el hecho.

Bien, en contra de la argumentación desplegada por el recurrente, considero que el peso de las pruebas referidas es contundente en relación con la existencia del robo y la autoría de Nicolás Herrera. Por ello, la valoración de la prueba por parte de la jueza de la instancia previa ha sido correcta. A la inversa, la versión del acusado **no se encuentra lo suficientemente respaldada para erigirse como una versión alternativa de los hechos que lo mantenga amparado por el principio de inocencia.**

Respecto de la primera de las pruebas, esto es, el **reconocimiento positivo** de Nicolás Herrera como el autor del hecho por parte de Facundo Vinasso y no por parte de la víctima, la toma de posición de la jueza se basa en la específica modalidad de la violencia mediante la cual Nicolás Herrera se apoderó de las pertenencias de Julieta Rodríguez.

Me refiero a un arremetimiento desde atrás con una capucha, lo que le impidió a esta última individualizar a su agresor, mientras que Facundo Vinasso, que se desplazaba más adelante consiguió individualizarlo mientras escapaba.

Cabe decir que Nicolás Herrera no se encontraba con la cara cubierta, sino que al momento del robo vestía un buzo con capucha. Si bien la declaración testimonial de Facundo Vinasso fue incorporada por lectura, ya que no declaró en el juicio, la jueza de la instancia anterior en el minuto 7:30 de la audiencia de fundamentos puso de relieve que esta prueba fue debidamente controlada por la defensa durante la investigación.

En esta línea, la jueza valoró pormenorizadamente la declaración de Julieta Rodríguez y Josefina Gil y las calificó de espontáneas y creíbles (ver al respecto, audiencia de fundamentos, minuto 9) al explicar la dinámica del hecho y la intervención de Nicolás Herrera.

Despejado este primer tramo de la argumentación defensiva, corresponde determinar si el hallazgo de la res furtiva y el arma de fuego en poder del acusado merece el lugar central que el tribunal de juicio le ha otorgado en el marco del razonamiento que sustentó su decisión.

Nicolás Herrera fue detenido después de una persecución por parte del personal policial en el mismo barrio donde se cometió el hecho, hallándose en la gaveta de la moto en la que circulaba un buzo, el teléfono de la víctima y un arma de fuego. Bien, según entiendo, el secuestro de los elementos del delito unido al reconocimiento de uno de los acompañantes de la víctima son pruebas que no son conmovidos por la teoría del caso expuesta por la defensa.

Es que la versión brindada por el acusado, según la cual pasaba por el lugar, encontró estos elementos tirados y los guardó en la gaveta de su ciclomotor –tal como lo expresa la jueza sentenciante– no tolera un mínimo análisis lógico.

Es que no resulta lógico que una persona recogiera de la calle sin motivo un teléfono, un buzo y un arma de fuego y no sospechara que provienen de una actividad delictiva. Más aún cuando el arma se encuentra cargada y su sola portación ya implica la comisión de un delito, en tanto quien la halló no se está legalmente habilitado para ello como legítima usuaria.

En suma, la versión del acusado ha sido correctamente descartada como una explicación distinta de los hechos que deba ser tomada en serio.

En este orden de ideas, debe ser también desestimado el valor probatorio que le atribuye la defensa al testimonio de Antonella Bastias. Ello en tanto, la testigo sería prima del acusado y su relato –relativo a que se habrían encontrado comiendo pizzas el día del hecho en el Barrio Santa Lucía del departamento de San Martín– no impediría temporalmente que Nicolás Herrera perpetrara el delito.

Recuérdese que el robo se produjo a la hora 1 del día 14 de octubre de 2019, por lo que el acusado bien podría haber cenado y, posteriormente, haber cometido el hecho, tal como lo afirma el tribunal de juicio (ver audiencia de fundamentos, minuto 11).

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Nicolás Exequiel Herrera Bastías y convalidar la sentencia condenatoria N° 2.187 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

41- PONCE GIMENEZ. 15-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=718>

Lex: Arts. 164 y 149 bis, 2° párrafo del CP y Arts. 414, 415, 474 y 475 del CPP. Ley 9040.

Vox: Robo simple. Amenazas Coactivas. Fundamento oral de sentencias. Motivación insuficiente de la sentencia. Nulidad. Nuevo debate.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** como autor penalmente responsable del delito Robo simple en dos hechos y Amenazas coactivas. Asimismo, dicha pena resultó unificada en la pena única de **cuatro años y seis meses de prisión** en efectivo con la condena anterior recaída en Sentencia N° 183 del día 07 de agosto de 2018.

La **defensa** interpuso recurso de casación respecto a la condena recibida por el acusado por el delito de Amenazas coactivas correspondiente a los autos N° P-721.963/19 por entender que la misma resulta violatoria de la ley al contener vicios in procedendo. Entendió que se encuentra viciada de nulidad por falta o insuficiente motivación y por inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto de elementos probatorios decisivos.

El **Procurador General** se expidió por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque consideró que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente.

La **SCJM** admitió el recurso de casación. En consecuencia, revocó parcialmente la Sentencia N° 2276 y sus fundamentos y dispuso la remisión al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de realizar un nuevo debate respecto de los autos N° P-721963/19. Finalmente, dispuso que encontrándose firme la Sentencia N° 2276 respecto de los autos N° P-769642/19 y N° P-766327/19 y habiendo sido anulada respecto de los autos N° P-721963/19 y en consecuencia la pena impuesta y la unificación, realizado el nuevo debate deberá establecerse la pena a imponer en los precitados obrados y practicarse la unificación de conformidad con las previsiones del Art. 58 del CP.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2276, pronunciada por el TPC -3° CJ.

Precedentes citados

a- SCJM:

- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- L.S. 183-188 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 202.001 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 269-234 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Ramírez Alcalde. 27-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcRamirez.pdf
- Barbosa, Orlando. 12-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180612_FcBON.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf

- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- L.S. 546-204 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

Doctrina citada.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL., Córdoba, 1982, Tomo II, p. 234.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05745779-6/1((038601-769642)) F. C/ PONCE GIMÉNEZ, EMILIO RUBÉN P/ ROBO SIMPLE (769642/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105930243*

En Mendoza, a quince días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05745779-6/1 caratulada “F. C/PONCE GIMENEZ, EMILIO RUBÉN P/ROBO SIMPLE S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 4 obra constancia del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de Emilio Rubén Ponce Giménez contra la sentencia N° 2.276 de fecha 13 de abril de 2021 del Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial por la que se condenó a aquél a la pena de tres años de prisión como autor penalmente responsable del delito robo simple (art. 164 del CP) en dos hechos y por el delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, párrafo 2° del CP).

Asimismo, dicha pena resultó unificada en la pena única de cuatro años y seis meses de prisión en efectivo con la condena anterior recaída en sentencia N° 183 del día 07 de agosto de 2018. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación fiscal respecto de los autos N° P-769.642/19, autos N° P-766.327/19, y parcialmente en autos N° P-721.963/19. Respecto de estos últimos, motivo del recurso interpuesto, la plataforma fáctica acreditada por el sentenciante radica en que «en fecha 13 de junio de 2019, a las 10:10 horas aproximadamente en momentos en que Héctor Alejandro Luján Vélez y su hija Rocío Sofía Cornejo, víctima en autos, se encontraban en la parada de colectivos [...] EMILIO RUBEN PONCE GIMÉNEZ se acercó y le manifestó a Héctor Luján “que es lo que te pasa a vos, deja de andar hablando, me las vas a pagar todas culiado, por qué nos echaste la culpa de que entramos a robar a tu casa”, “te voy a matar a vos y a tu hija, los voy a matar hijos de puta y a Rocío Cornejo le dijo “a vos guacha culiada te voy a buscar a la piba para que te haga re cagar”. Minutos después arribó en compañía de Guadalupe Camargo al domicilio de las víctimas [...] y exhibiendo un arma de fuego que portaba en la cintura le manifestó a Héctor Luján “tratá de no reconocer a mi sobrino porque cuando te vea en la calle te voy a matar, cuando te agarre en la moto te voy a matar” y Guadalupe Camargo le manifestó a Rocío Cornejo “trata de no reconocerlo porque cuando te vea en la calle te voy a cagar a palos». A estos efectos, el tribunal de sentencia valoró, particularmente, las declaraciones prestadas en audiencia de debate por Héctor Alejandro Luján Vélez y Rocío Sofía Cornejo, así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

La defensa del condenado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 y 416 inc. 4 del CPP.

Sostiene que aquélla es violatoria de la ley al contener vicios in procedendo al encontrarse viciada de nulidad por falta o insuficiente motivación y por inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto de elementos probatorios decisivos.

La defensa cuestiona únicamente la condena recibida por el acusado respecto del delito de amenazas coactivas correspondiente a los autos N° P-721.963/19 al entender que no existe la certeza necesaria.

Respecto de la falta de motivación suficiente razona que ello se hace evidente cuando el juez de sentencia se refiere a la absolución de la coimputada por el beneficio de la duda argumentando que le asistía razón al Ministerio Público Fiscal cuando entendió que las palabras de ésta no tenían entidad de amenazas.

Sin embargo, critica que, seguidamente, el juez aseveró que las palabras de amedrentamiento o de alarma del acusado sí produjeron el efecto de miedo.

En este sentido reproduce lo señalado por el sentenciante cuando afirma que «no pudiendo entrar en la psiquis de las víctimas para saber si no fueron a declarar por el miedo o la alteración nerviosa que produjo el hecho» y refiere que es el único fundamento utilizado.

La defensa realiza una breve distinción entre amenazas e insultos y cita doctrina que entiende aplicable al caso. Así, entiende que no existe análisis conclusivo en la argumentación del juez e indica que no se señalaron cuáles fueron las palabras amenazantes que les habrían impedido a las víctimas ir a la Unidad Fiscal, limitándose a expresar que ambos coimputados pronunciaron términos que las víctimas interpretaron como amenazas.

El mismo cuestionamiento realiza respecto del segundo tramo del hecho, en el que el sentenciante se habría referido únicamente al criterio adecuado del fiscal de retirar la agravante del uso del arma de fuego.

Afirma que no se hizo relectura de los testimonios ni siquiera simple mención de los elementos probatorios incorporados ni diligenciados, ni análisis lógico de cada medio de prueba.

Por esta razón entiende que hay una total inexistencia de motivación, sin alcanzar el grado de fundamentación expresa, completa, legítima y lógica de una sentencia condenatoria, lo que la vicia de nulidad absoluta. Cita, al efecto, jurisprudencia y doctrina.

En el segundo agravio articulado afirma que el sentenciante no ha observado las reglas de la sana crítica racional para la condena sino su íntima convicción.

Entiende que del análisis correcto de las declaraciones de las víctimas no surge la existencia, con el grado de certeza que se requiere, del delito de amenazas coactivas así como la autoría del acusado.

Reproduce parte de los fundamentos para sostener que, sin individualización precisa de las manifestaciones a tener en cuenta para ser consideradas amenazas o insultos, en un caso, el de Ponce, condena y en el otro, el de Rivero, entiende dudosa la existencia del delito.

Advierte que además el razonamiento es contradictorio, en cuanto a lo que se ha dado en denominar primer tramo, cuando es el propio sentenciante el que a ambos imputados les adjudica la responsabilidad, por el miedo sufrido, de la falta de radicación inmediata de la denuncia.

Ello, entiende, no hace sino arrojar dudas acerca de la responsabilidad de su defendido, con vulneración del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

Finalmente entiende que la sentencia resulta violatoria del art. 411 incs. 2 y 3 del CPP, y debe ser conminada con sanción de nulidad (art. 416 inc. 4 del CPP).

De tal manera peticona se case la sentencia, se dicte la absolución del imputado por el delito de amenazas coactivas y se reduzca la pena impuesta a tres años de prisión.

Ello en mérito a la pena que le cabe al delito en cuestión y a las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 5/6 de este legajo, tras analizar los agravios formulados el recurrente, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente.

En este sentido entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada en tanto el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad para arribar a la certeza necesaria para la condena.

Así, refiere que los fundamentos de la sentencia cuestionada reúnen los requisitos exigidos por la normativa vigente pues se hizo mención a los dos momentos en que ocurrieron los hechos, cómo se desarrollaron éstos, el miedo sufrido por las víctimas y el objetivo que con ellos se pretendía.

Del mismo modo, destaca que el sentenciante distinguió entre amenazas y simples insultos para evaluar las conductas de los acusados.

Afirma que los fundamentos orales permiten el acortamiento de los plazos procesales y que, por razones de tiempo, pueden resultar más concisos pero no por ello insuficientes, debiendo contar con la misma claridad, precisión y adecuación de los hechos con la prueba que los escritos; lo que entiende se ha cumplido en el caso.

Por todo lo expuesto, al considerar que los agravios resultan una mera discrepancia con la interpretación dada por el sentenciante, solicita el rechazo del recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación expondré, debe hacerse lugar a la impugnación.

De manera preliminar, entiendo oportuno realizar algunas aclaraciones en orden al desarrollo de los fundamentos orales de las sentencias.

Fundamentos orales

Al respecto, en el **precedente «Robledo Vergara»** sostuve que los **fundamentos orales** se encuentran autorizados por la normativa procesal en tanto no existe norma procesal alguna que prohíba al juez actuar de este modo, a más de que la oralidad, luego de la sanción de la ley 9.040, se ubica como una de las notas

esenciales que hacen al rediseño del enjuiciamiento criminal, en la profundización del carácter acusatorio-adversarial del proceso penal.

En este sentido debe señalarse que el art. 85 de la citada ley dispone que, «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes». (SCJM, LS 583- 048).

Videograbación. Art. 147 CPP

También cité, en abono de ello, el **art. 147, primer párrafo del CPP**, en cuanto dispone la videograbación como registro suficiente de la realización y certeza de lo ocurrido en una audiencia oral o acto procesal siendo, actualmente, la regla la digitalización de las audiencias.

Fundamentación. Art. 155 CPP

Del mismo modo, el texto del art. 155 del CPP que fuera modificado por las leyes 8.896 y 9.040, y que, en relación con los actos y resoluciones jurisdiccionales, dispone que, «[e]n las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente» (art. 155 del CPP, modificado por ley 8.896), es decir, «[...]suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente» (art. 156 del CPP, texto según ley 9.040).

Del mismo modo en el **precedente «Ramírez Alcalde»** en voto ampliatorio, expresé que nada se le puede objetar a una fundamentación oral siempre que sea brindada de un **modo claro, ordenado y suficiente**, de forma tal que respete lo establecido por el art. 411 CPP, en especial, en su inciso segundo, relativo a la «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho» en que se basara el juez para arribar a una decisión.

Y agregué que, por ello, la oralidad es un soporte adecuado para los casos de escasa o mediana complejidad de análisis, en los que la prueba de cargo resulte evidente o en los que no se presenten múltiples planteos.

De igual manera, para aquellos casos complejos, en los que, no obstante, deben extremarse los recaudos para realizar una exposición oral ordenada y clara a fin de no vulnerar ninguno de los principios que inspiran el deber de motivación contenidos en el segundo inciso del art. 411 CPP.

No debe perderse de vista que un sistema acusatorio pleno implica un desarrollo progresivo de las destrezas de fundamentación oral de los magistrados con el fin de cumplir acabadamente con el ordenamiento procesal. (ver mi voto en **«Ramírez Alcalde»**).

Dicho esto, veamos cuáles son las críticas efectuadas por la defensa a la sentencia, las que no alcanzan al modo oral en que los fundamentos han sido realizados.

Previamente cabe señalar que, este Tribunal, en sus diferentes integraciones, ha sostenido reiteradamente que es atribución del tribunal de casación dar tratamiento al motivo casatorio que mejor convenga a la solución del caso.

Ello así por cuanto la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188, 202.001; 269-234, entre otros).

El caso que nos ocupa plantea, en primer lugar, falta de motivación suficiente del acto sentencial, así como errónea o arbitraria valoración de la prueba rendida e incorporada en cuanto a la autoría del acusado la que, a juicio de la defensa, deviene insuficiente para una hipótesis de condena en los autos en los que se tramita el delito de amenazas coactivas (autos N° P-721.963/19).

En primer lugar se analizará la prueba producida, para luego determinar si los fundamentos vertidos por el juez de la instancia previa otorgan suficiente motivación a la sentencia dictada, principal agravio de la defensa.

Efectivamente entiendo que, no obstante los argumentos haberse rendido en forma oral y en principio, de que la causa, prima facie, carecía de complejidad y de voluminoso caudal probatorio, los mismos no satisfacen los requerimientos de motivación necesarios para que la sentencia configure un acto jurisdiccionalmente válido.

Ello así por cuanto existe clara omisión de la debida valoración probatoria en razón de la orfandad evidente al momento de brindar los argumentos en los que el juez basara su condena respecto del delito de amenazas coactivas, tanto en las razones de hecho como de derecho. Paso a explicarme

. Dos son los únicos testimonios que se rindieron en el debate, los de ambas víctimas del delito, Luján y Cornejo. Por otra parte, dicha prueba fue ofrecida y debidamente incorporada, en tanto ambas revisten carácter de denuncia a los términos del art. 401 del CPP.

En primer término declaró Luján, quien dijo conocer perfectamente al acusado por cuanto vive cerca de su domicilio, refiriendo el mismo conocimiento de la coimputada que a la postre resultó absuelta. Mencionó que se encontraba con su hijastra, Rocío Cornejo, en la parada del colectivo y refirió, « [n]osotros íbamos a reconocerlo, a otro chico que nos robaron [...], cuando llegamos a la parada del micro, nos encontramos con el señor Rubén Ponce» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, minutos 00:13:10 en adelante). Luego acerca de si había sido amenazado o no, sostuvo, « [c]uando fue para la casa, se daba la vuelta en moto, tenía un revolver en la cintura [...] hacía señas con el arma» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, minutos 00:14:48 en adelante).

Ante lecturas de la declaración rendida en la investigación penal preparatoria afirmó, «[f]ue como está ahí, no me acuerdo bien, estoy nervioso, no quiero tener problemas con él, vive cerca de mi casa [...], yo no quería venir, no quería problemas [...]» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, minutos 00:16:19 en adelante). Luego refirió, «[c]omo nosotros íbamos a reconocer a los dos chicos que nos robaron, ellos nos amenazaron que los batimos» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, minutos 00:20:35 en adelante).

En la denuncia, incorporada como prueba instrumental y obrante a fs. 155/156 de los autos N° P-707.561/19 incorporada al legajo digital, el testigo refirió, que había pasado previamente en moto y lo había mirado mal, y que ya estando en la parada de colectivos, le dijo «que es lo que te pasa a vos, dejá de andar hablando», que les intentó pegar, que quisieron agarrarlo pero se zafó, que se paró más adelante y les dijo «te voy a matar a vos y a tu hija y a vos ya te voy a agarrar, te voy a mandar a que te peguen, los voy a matar hijos de puta».

Mencionó que se volvieron a su casa y apareció de nuevo Ponce con una chica que se bajó y amenazó a su hijastra, mientras que el acusado, cuando ésta se vuelve a subir a la moto, vuelve a amenazarlo diciéndole «cuando te agarre en la moto te voy a matar», agregando primero que tenía un arma en la cintura que la sostenía con su mano derecha y que sintió miedo.

Por su parte, la otra víctima de autos, Rocío Cornejo, en el debate oral, coincidió en que se dirigían a una medida de reconocimiento refiriéndose a una persona llamada «Gastoncito», que habían entrado a robar a su casa durante la Semana Santa. Al respecto, sostuvo en el debate, «[i]ba con mi papá, se me para el Ponce, me llama y me cruzo [...] me largó una piña, [...] después fue con esta chica a mi casa a amenazarme» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:04:30 en adelante). Más adelante señaló que le dijo que él era el que les había robado. A ello agregó que Ponce le dijo «te voy a mandar unas chicas y no vas a volver a caminar [...] arrancó la moto y siguió, gritaba “ya me las vas a pagar”, decía todas esas cosas» (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:06:36, 00:07:37 en adelante).

Luego, afirmó que, como a los diez minutos, volvió a su casa en la moto con la coimputada, que era la novia del sobrino de Ponce, que se bajó, la empujó y le quiso pegar, que ambas se insultaban, que le decía «[...] trató de no reconocerlo porque cuando te vea en la calle te voy a recagar a palos [...] él no ha sido [...]», (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:12:46, 00:24:49 en adelante). Previa lectura de la denuncia oportunamente radicada (véase la declaración de esta testigo a fs. 156/158 de los autos N° P-707.561/19 incorporada al legajo digital).

En cuanto al arma, en forma ambivalentemente, y luego de relatar la existencia de tres momentos en los que Ponce habría intervenido en el hecho –en la parada de colectivos, luego al pasar por su casa solo y cuando vuelve acompañado por la coimputada– sostuvo que cuando pasa solo, no dice nada, se levanta la remera y se le ve el arma mientras la que estaba era su hermana en la calle (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:09:39 y 00:18:20 en adelante).

Ya en el segundo momento, refiere que no usó el arma, «[...] solo la sacó [...]» para luego añadir que la mostraba con la mano derecha, que soltó la mano, en tanto manejaba la moto (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:18:30 y 00:31:41 en adelante).

En referencia a si había sentido miedo, ya sea por las amenazas proferidas por Ponce o por la coimputada, en el debate dijo no sentir miedo, aun a cuando solicitó declarar sin la presencia del imputado y ensayó como respuesta que sólo no lo quería ver (véase registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:23:06, 00:27:48 y 00:30:58 en adelante), mientras que en la declaración vertida en la investigación penal preparatoria manifestó que los dichos le infundieron bronca pero que sí los creía capaz de cumplir sus amenazas (véase la declaración de esta testigo a fs. 156/158 de los autos N° P-707.561/19 incorporada al legajo digital).

Sin embargo, durante el debate negó haber tenido otros problemas con éstos –Ponce y Rivero Camargo– así como problemas posteriores (ver al respecto, registro audiovisual del 05/03/2021, primera parte, minutos 00:31:41 y 00:30:58 en adelante).

Asimismo, desde la parada del colectivo en la que se encontraban ambos testigos a fin de dirigirse a la medida de reconocimiento se condujeron a su casa y llamaron un móvil policial, pero no surge ni del

debate ni de las declaraciones vertidas en la investigación penal preparatoria, en forma clara e indubitable, que ello haya sido por temor fundado en los hechos.

He efectuado este análisis de las declaraciones vertidas en tanto entiendo resultan clarificadoras a los efectos de la solución propiciada. En este sentido, debo señalar que le asiste razón a la defensa, como ya adelantara, en primer lugar, en cuanto a la mención del hecho.

El juez sentenciante, una vez rendidos los alegatos, al momento de brindar sus fundamentos orales, se limitó a dar por reproducido el hecho materia de la acusación. Para ello mencionó que a éste se le había dado lectura en ocasión de la audiencia preliminar así como al inicio del debate (véase registro audiovisual del 13/04/2021, segunda parte, minutos 00:52:00 en adelante) para comenzar con el desarrollo de los fundamentos de una de las causas por las que se tramitaba el delito de robo simple.

Ello no resulta per se erróneo y así lo exige el inciso 1 del art. 411 del CPP en aras del principio de congruencia, «[...] La sentencia debe contener: 1) [...] y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación. [...]».

Sin embargo, como aconteciera, el fiscal no mantuvo la acusación respecto de la coimputada y modificó la calificación legal de los hechos que configuraban el delito de amenazas coactivas por el uso de armas, quitando la agravante del arma de fuego respecto de Ponce y, entonces sí, el juez debió dar cumplimiento al inciso 3 del art. 411 del CPP en cuanto a «[l]a determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado», requisito que se omitió.

Así las cosas, dicha modificación ameritaba, en observancia a las previsiones del artículo transcrito, una determinación del hecho nueva, por cuanto se trataba de un hecho modalmente distinto del contenido en la requisitoria fiscal y que, además, no produjo el mismo resultado, en orden a la calificación y por ende a la penalidad diferente que uno y otro ostentaban, aun cuando lo haya sido en beneficio –parcialmente– de uno de los acusados.

Ello sobre todo por cuanto hubo exclusión de acusación respecto de la coimputada. No resulta controvertido afirmar la necesaria identidad fáctica que debe participar en cada una de los actos en que se construye y sustenta el proceso penal, y que precisamente viene a tutelar el principio de congruencia; es decir, la identidad entre el hecho oportunamente intimado, el hecho motivo de la acusación y el hecho motivo de la sentencia.

Si ello no fuere así, se estaría violando el principio de congruencia y, con ello, la garantía de la defensa en juicio, al resultarle vedada al imputado la posibilidad de saber cuál es el hecho que se le atribuye, como así también de efectuar todos los descargos que estime pertinentes al modificarse la plataforma fáctica fijada en la sentencia.

Al decir de Vélez Mariconde, «la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio» **(Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL., Córdoba, 1982, Tomo II, p. 234;)** (ver mi voto en «**Torres Surget**»).

El sentenciante refiere la existencia de dos tramos en la consecución de los hechos, los detalla, y afirma que la medida de reconocimiento al pariente de Ponce se vio frustrada por la aparición de éste y Rivero

Camargo «[...] a tal punto que no fueron ese día» refiriéndose al primero de los momentos (véase registro audiovisual del 13/04/2021, segunda parte, minutos 00:31:41).

El juez de la instancia previa ponderó que el fiscal retiró los agravantes y que respecto de Rivero afirmó que existía duda razonable respecto de si los dichos proferidos resultaron amenazas o insultos, tal como también sostuviera el primero para no mantener la acusación pero que, sin embargo, en cuanto a Ponce, «[...] las palabras sí produjeron efecto de miedo, no pudiendo entrar en la psiquis de las víctimas para saber sino fueron a declarar por el miedo o por la alteración nerviosa que produjo el hecho. [...]» (véase registro audiovisual del 13/04/2021, segunda parte, minutos 00:11:42).

Finalmente y sin detallar, ni mencionar en qué consistían esos dichos amenazantes y cuáles eran, confundiendo el desarrollo de los sucesos, pues en el primer tramo la coimputada no participó, afirmó que iba a mantener la calificación por la que el Ministerio Público Fiscal acusó, sin agravantes.

No hubo siquiera mención a la prueba rendida en el debate, análisis de las contradicciones o imprecisiones en que los testigos incurrieron a fin de dilucidar las razones de ellas, respecto de las declaraciones vertidas en la investigación penal preparatoria y valorarlas; del mismo modo, a fin de fundamentar, no obstante no existir acusación, la absolución de Rivero y de igual modo respecto de los agravantes, para coincidir en la existencia de duda razonable en cuanto a éstos.

Por su parte, no hubo análisis del plexo probatorio en orden a los requisitos típicos de la figura de las amenazas coactivas, sobre todo cuando fue materia de los alegatos de la defensa el cuestionamiento de un requisito central –como lo es el haberles infundido miedo–, frente a la conducta de las víctimas de haberles querido pegar al acusado y su respuesta de la inexistencia de miedo a preguntas directas en el debate.

Idoneidad de las amenazas.

He tenido oportunidad de sostener, ante el agravio vinculado a la falta de idoneidad de las amenazas, que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido (**ver «Barbosa, Orlando Norberto»**, **«Garay Videla»**) así como que «la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima» (**«Murcia Lucero»**).

Sin embargo, es precisamente sobre la existencia de dicho recaudo, como determinante del accionar típico, que debió girar el razonamiento y valoración del sentenciante del plexo probatorio rendido, para luego sí concluir en uno u otro sentido.

Esto no ha acontecido por parte del juez de la anterior instancia.

Dicho recaudo, no obstante la oralidad, es requisito de la sentencia previsto por el art. 411 del CPP en su inc. 2, en cuanto exige la «[...] exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen [...]», lo que es impuesto como condición de validez del acto, no sólo en resguardo de la garantía de defensa en juicio sino en cumplimiento a la publicidad de dicho juicio, como medio de control del desempeño de los funcionarios que la dictan, posibilitando el control de legalidad del fallo.

Al respecto, he sostenido antes que «[l]a conclusión de la sentencia puede ser objetada si el Tribunal no ha proporcionado los fundamentos, o bien si la fundamentación se ha basado en prueba ilegal o ha omitido prueba decisiva.

No forma parte de los motivos, la revisión del valor convictivo de la prueba invocada en sustento de la conclusión salvo que la valoración efectuada por el juzgador haya sido absurda» (L.S. 546-204).

En virtud de ello, y ameritando la falta de fundamentación de la sentencia impugnada, agravio suficiente para disponer la nulidad de la misma que entiendo debe tener acogida favorable, omitiré el tratamiento de los agravios restantes articulados, esto es la arbitrariedad en la valoración de la prueba rendida.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde revocar parcialmente la sentencia N° 2.276 y sus fundamentos dictados, en Sala unipersonal, por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, y remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho respecto de los autos N° P-721.963/19.

Encontrándose firme la sentencia N° 2.276 respecto de los autos N° P-769.642/19 y N° P-766.327/19 y habiendo sido anulada respecto de los autos N° P-721.963/19, y en consecuencia de la pena impuesta y la unificación, del resultado que surja del nuevo debate deberá establecerse, por tanto, la pena a imponer en los precitados obrados, según corresponda, y practicarse la unificación de conformidad con las previsiones del art. 58 del CP. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la defensa de Emilio Rubén Ponce Giménez, cuyas copias se hallan digitalizadas y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia N° 2.276 y sus fundamentos, los que fueron vertidos oralmente.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que ha de realizar el **nuevo debate** y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho respecto de los autos N° P-721.963/19.

3.- Disponer que, encontrándose firme la sentencia N° 2.276 respecto de los autos N° P-769.642/19 y N° P-766.327/19 y habiendo sido anulada respecto de los autos N° P-721.963/19 y en consecuencia de la pena impuesta y la unificación, realizado el nuevo debate deberá establecerse la pena a imponer en los precitados obrados y practicarse la unificación de conformidad con las previsiones del art. 58 del CP.

4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

42- ABREGO CELIS. 15-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=715>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP y Art. 474 inciso 2° del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Autoría.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de cinco años de prisión por el delito de robo agravado por ser cometido con arma.

La **defensa** interpuso recurso de casación por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona -valoración arbitraria de las pruebas y una fundamentación aparente en la sentencia respecto de la autoría del acusado en el delito por el que resultó condenado-.

El **Procurador General** dictaminó que no puede proceder el recurso casatorio en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1271, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

- Nambuena.04-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Nambuena.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05681660-1/1((018602-17940)) FC/ ABREGO CELIS HIPOLITO SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO CON ARMA (17940) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105865773*

En Mendoza, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05681660-1/1, caratulada "F. C/ ABREGO CELIS, HIPOLITO S. P/ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO CON ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica del imputado Hipólito Sebastián Abrego Celis interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.271 y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión por el delito de robo agravado por ser cometido con arma (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P17.940/20 por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] en fecha 22 de febrero de 2020, a las 22:30 hs. aproximadamente, en el interior del domicilio sito en calle El Pantano esquina Villanueva de Tres de Mayo, Lavalle, Mendoza, Hipólito Abrego Celis, alias «Pollo», luego de que la víctima le permitiera el ingreso, le asestó un golpe de puño en el rostro y le sustrajo los siguientes elementos [...]. Seguidamente la víctima intentó resistirse al asalto, por lo que Hipólito Abrego Celis, agredió a la víctima golpeándola con un palo en la cabeza y en el brazo izquierdo, para luego darse a la fuga con la res furtiva».

Para así decir, la jueza de la instancia previa valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Eugenio Ramírez, Leonora Siliski, Cristabel Celis, Marcos Guaquinchay, el informe de certificado físico realizado a la víctima, así como los demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa de Hipólito Sebastián Abrego Celis promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Sostiene la defensa que el juez de sentencia realizó una valoración arbitraria de las pruebas y una fundamentación aparente en la sentencia respecto de la autoría del acusado en el delito por el que resultó condenado.

De este modo, luego de transcribir parte de los fundamentos de la sentencia, sostiene que no comparte la valoración realizada por el sentenciante para sostener la responsabilidad de su asistido en el hecho objeto del proceso.

En primer orden, señala las contradicciones en las que habría incurrido la víctima entre lo declarado en la investigación penal preparatoria y la audiencia de debate con relación a circunstancias relevantes del hecho, lo que –a criterio del recurrente– tiene incidencia en la credibilidad de su testimonio.

Agrega también la existencia de un conflicto familiar entre la supuesta víctima Eugenio Ramírez y Abrego Celis, lo que –a criterio del recurrente– traería aparejado la posibilidad de que aquella haya tenido la intención de perjudicar a su defendido.

En segundo orden, señala también inconsistencias en el acta de procedimiento.

Destaca la falta de hallazgo de la res furtiva en el domicilio del acusado. Todo ello –a criterio de la defensa– crea una duda razonable sobre la participación de su asistido en el hecho atribuido.

En tercer orden, y luego de transliterar la versión de los hechos brindada por el acusado, entiende que ésta se encuentra corroborada por las declaraciones testimoniales de Cintia Navarro, Emiliano González Pina y Marcos Guaquinchay, quienes confirmaron la presencia del acusado en una reunión de amigos y familiares en el horario en que habría ocurrido el hecho que se le endilga.

Por todo ello, considera que la prueba valorada en los fundamentos de la sentencia recurrida adolece de contradicción y arbitrariedad y, por ello, vulnera las reglas de la sana crítica racional.

Con base a lo expuesto solicita se revoque la sentencia cuestionada y se resuelva a favor de la absolución del acusado Hipólito Sebastián Abrego Celis en orden al delito atribuido en las presentes actuaciones.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad. Sostiene que el recurrente intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción y debidamente analizado por el sentenciante.

En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material del hecho y la autoría del acusado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juez de sentencia.

Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa resulta infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Preliminarmente cabe recordar que, como se ha dicho en otras oportunidades, no es la función de esta Sala Segunda realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas por el tribunal de juicio porque a ese último sólo corresponde dicha función valorativa, pero sí corresponde verificar que el tribunal de la instancia previa contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Además, debe comprobarse que la resolución, en relación con la valoración de aquella prueba, se encuentra motivada de una manera lógica y convincente (ver, «**Narambuena Sepúlveda**», entre otros).

Dicho esto, advierto que la defensa dirige su crítica a cuestionar la participación de su defendido en el hecho objeto del proceso y, a tal fin, los agravios esbozados giran principalmente en torno a la valoración -a su juicio arbitraria- de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, la declaración testimonial brindada por la víctima, Eugenio Ramírez.

De este modo, la defensa alega contradicciones en el relato de Eugenio Ramírez en las dos instancias en donde prestó declaración testimonial, en especial, las vinculadas a la utilización de un elemento contundente -un palo- con el cual el acusado habría agredido a aquél.

Cuestiona también la credibilidad de su testimonio por cuanto Ramírez habría tenido conflictos con el acusado Abrego Celis, por lo que, a su criterio, podría existir la posibilidad de perjudicarlo.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia.

Ello por cuanto las conclusiones de la defensa surgen a partir de un análisis sesgado de los elementos de juicio que dan sustento a la materialidad del acontecimiento perpetrado y la participación de Abrego Celis y, de reverso, el juez de sentencia dio adecuadas razones para otorgarle fuerza convictiva a la declaración testimonial prestada por la víctima en la audiencia de debate, la que fue debidamente corroborada con la prueba periférica que dio sustento a sus dichos.

Al respecto, el juez de la instancia previa entendió que las discordancias en el testimonio de Eugenio Ramírez señaladas por la defensa -en particular, dónde estaba el celular de la víctima cuando fue sustraído por Abrego Celis-, giran en torno a aspectos secundarios «[...] en los que se soslaya el momento de intenso estrés que atraviesa un menor de edad agredido sorpresivamente en el interior de su domicilio, suceso que transcurre álgidamente por espacio de pocos minutos» (ver, fundamentos fs. 62). Consideró también que la versión brindada por la víctima en el debate era «[...] coherente en todas sus partes, despojada de encono, rencor o resentimiento hacia el agresor, así como sincera y transparente».

Del mismo modo, -y en razonamiento que comparto-, el sentenciante entendió con relación al cuestionamiento de la defensa vinculado al empleo de un palo en el acometimiento del hecho que «[...] la aseveración de la víctima encuentra apoyo en la declaración de su madre, quien mencionó que su hijo relató haber sido golpeado con un palo por el agresor, y las lesiones certificadas en el antebrazo izquierdo de Eugenio Ramírez concuerdan con su exposición» (ver, fundamentos fs. 63 vta.).

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado con la existencia de un interés por parte de la víctima de perjudicar al acusado.

Al respecto, el juez de la instancia previa refirió el conflicto existente entre ambas familias relativo a que un integrante de la familia del acusado se encontraba detenido por haber lesionado a un hermano de la víctima.

Sostuvo que esta circunstancia fue mencionada por la víctima Ramírez, y ratificada por Leonora Siliski, al señalar que Abrego Celis en el momento del hecho le refirió que necesitaba dinero para su hermano detenido.

Agregó el sentenciante que Abrego Celis al prestar declaración indagatoria refirió esta problemática y sostuvo que por este motivo Eugenio Ramírez lo provocaba cada vez que se encontraban en la vía pública.

Sin embargo, –en razonamiento que comparto–, el juez de la instancia previa entendió que «[...] realmente no me parece creíble ni razonable que un menor de diecisiete años se atreva a hostigar reiteradamente a otra persona mayor –tienen seis años de diferencia de edad– diciéndole, por ejemplo, que «no podía estar ahí», cuando habiéndose producido la detención de Abrego Celis, es la propia víctima quien decide abandonar el domicilio del grupo familiar y mudarse lejos de la provincia de Mendoza» (ver, fundamentos fs. 63).

Por otro lado, tampoco puede prosperar el agravio vinculado al testimonio prestado por Leonora Siliski, progenitora de la víctima, al que la defensa considera con escasa entidad probatoria en tanto no fue testigo directo del hecho.

En este sentido, el juez de sentencia valoró el relato de la testigo como creíble y aclaró que no fue objetado intrínsecamente por la defensa.

Agregó que «[...] algo ha desmerecido la defensa injustificadamente es que la mayoría de la prueba incriminante aparece contenida en forma eslabonada después de cometido el hecho, factor éste que minimiza la posibilidad de creación de una situación artificiosa o manipulación interesada de los sucedido» (ver, fundamentos fs. 60 vta.).

De esta manera, destacó que la víctima fue a la casa de su madre inmediatamente después de acontecido el hecho, circunstancia que fue corroborada por Leonora Siliski. Así también destacó que los testigos coincidieron en señalar que se comunicaron con el 911 para denunciar el hecho, circunstancia que se desprende del acta de procedimiento de fs. 1.

Agregó que Ramírez al realizar la denuncia brindó un relato circunstanciado del hecho y al ser examinado por el Cuerpo Médico Forense, se constataron a la víctima lesiones compatibles con su relato.

Conforme a lo analizado no pueden ser de recibo los agravios vinculados a la falta de secuestro de la res furtiva en oportunidad de realizarse la medida de allanamiento en el domicilio de Abrego Celis.

Ello por cuanto, –según entiendo– resulta acertada la valoración realizada por el sentenciante en el sentido que la aludida medida probatoria fue realizada varios días después de acontecido el hecho y, por ello, resulta razonable sostener que el acusado pudo deshacerse de los elementos sustraídos.

A ello debe agregarse que el recurrente no ha explicado adecuadamente de qué manera la ausencia de secuestro en las circunstancias señaladas desvirtúa el plexo probatorio analizado.

En otro orden, el recurrente intenta sostener la veracidad de la versión brindada por el acusado en tanto éste negó el hecho que conformó la hipótesis acusatoria y, en cambio, se situó alejado del domicilio de la víctima en una reunión con amigos y familiares.

Para ello asevera que su postura se encuentra corroborada por las declaraciones testimoniales de Cintia Navarro, Emiliano González Pina y Marcos Guaquinchay, quienes confirmaron la presencia del acusado en una reunión de amigos en el horario en que habría ocurrido el hecho que se le endilga.

Conforme a lo hasta aquí analizado, no puede prosperar el vicio vinculado a la arbitraria consideración por parte del juez de la instancia previa del relato de los hechos brindado por el acusado Abrego Celis puesto que, justamente, fue en función del análisis de los elementos de juicio descriptos que el sentenciante consideró que la declaración del acusado no lograba derrumbar lo declarado por la víctima y las pruebas que sustentaban sus dichos.

Por otro lado, el sentenciante también brindó adecuadas razones para descreer de la hipótesis sostenida por la defensa.

Así, el juez de la instancia previa al meritar la credibilidad de los testigos mencionados –amén de referir el vínculo familiar y de amistad que los unía con el acusado–, analizó también su verosimilitud intrínseca y, en tal sentido, destacó –adecuadamente a mí criterio– que «[...] no resulta creíble, siguiendo las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común, que todos tengan presente el horario en que llegó el imputado a la reunión, pero simultáneamente difieran al recordar el motivo del encuentro».

Señaló también el sentenciante que aun considerando como cierta la hipótesis de la defensa, ello no habría constituido para Abrego Celis un impedimento para perpetrar el hecho.

Ello por cuanto «[...] la distancia entre las viviendas de Abrego y Ramírez es mínima, de modo tal que el incidente pudo haberse producido antes de ir a la reunión familiar» (ver, fundamentos de fs. 64 vta.).

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez de la instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria para considerar acreditada la materialidad del hecho atribuido al acusado, así como su autoría en un análisis respecto de la valoración de los elementos de prueba sin arbitrariedades, motivado de una manera lógica y convincente.

De tal manera, no es posible predicar la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE

adhieren al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Hipólito Sebastián Abrego Celis y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 1.271 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

43- ASTUDILLO SALAS. 17-12-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	AM	ANA AFA	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=716>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, arts. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 42, 55 del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Arma no habida. Tentativa. Concurso real. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (dos hechos) en concurso real y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que la sentencia es arbitraria y carente de motivación por lo que requiere que se encuadren correctamente los hechos y que se determine adecuadamente la pena.

El **Procurador General** entendió que el recurso debe ser rechazado.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1450, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 153-011 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 354-218 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177
- L.S. 419-17
- L.S. 397-237 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- L.S. 388- 024
- L.S. 388-062 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

b- CSJN:

- González Nieva, Jorge Enrique.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7609901&cache=1693524461555>

Doctrina citada.

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2° edición, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 128.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo y jurisdicción” en “Escritos sobre derecho penal - Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2.014, tomo 2, p. 438.

Parágrafos destacados

“...De acuerdo con ello, cuanto menores sean las posibilidades de la víctima de repeler el ataque, mayor será la penalidad (**Ziffer**, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2° edición, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 128)...”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05684000-6/1((018601-4518)) F.C/ ASTUDILLO SALAS, DIEGO MAXIMILIANO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (DOS HECHOS) EN CONCURSO REAL (ARTS. 166 INC. 2 SEGUNDO PÁRRAFO, Y 55 DEL CÓDIGO PENAL).(4518) (4518/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105868306*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05684000-6/1 caratulada "F. C/ ASTUDILLO SALAS, DIEGO MAXIMILIANO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO REAL (DOS HECHOS) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensora de Diego Maximiliano Astudillo Salas interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1450 en tanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (dos hechos) en concurso real (P-4518/20) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en grado de tentativa (P-72709/16) (art. 166 inc. 2 segundo párrafo, arts. 166 inc. 2 tercer párrafo, 42, 55 C.P).

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior consideró probados los hechos contenidos en la acusación. En la causa P-4518/20, el 15 de enero de 2020, a las 10.15 horas aproximadamente, mientras Graciela Valdeolmillos caminaba por calle Bolivia en su intersección con Italia de Ciudad, el acusado a bordo de una bicicleta color negro y rojo, le exigió la entrega de la cartera y ante su negativa, sacó un arma de fuego y efectuó un disparo al aire, lo que motivó que la nombrada le entregara su bolso de cuero negro que contenía un teléfono celular, una billetera y otros objetos, tras lo cual se dio a la fuga. A los minutos, fue aprehendido en la calle Colectora Sur del lateral norte de calle Los Paraísos de Ciudad, teniendo en su poder un arma de fuego tipo pistola con una bala en recámara y tres en el cargador y una bolsa que contenía lo sustraído a la víctima. En la misma causa también se acreditó que el 15 de enero de 2020 a las 10.30 horas aproximadamente, mientras Lucía Valente caminaba por calle Los Paraísos y Los Fresnos del Barrio Cano, Ciudad, fue interceptada por el acusado, quien iba a bordo de la misma bicicleta descripta en el hecho

anterior y apuntándole con un arma de fuego a aquélla, le exigió la entrega de su cartera, dándose a la fuga en dirección oeste por calle Los Paraísos. En este caso, le sustrajo a la víctima un bolso rojo con la inscripción Adidas, que contenía un celular de color gris, un monedero, \$600 en efectivo y otro objeto. Astudillo Salas fue aprehendido en esa calle por personal policial. En relación a la causa N° P-72.709/16, el juez de la instancia anterior consideró probado que el 14 de julio de 2016 a las 15.40 horas aproximadamente, Ana Mantegini caminaba por calle Rodríguez de Ciudad, cuando a metros de la intersección con Vicente Gil fue abordada por dos sujetos que se trasladaban en una motocicleta Brava 200 cc. El conductor era el acusado. El acompañante, que no fue habido ni identificado, portando un arma de fuego con caño largo le sustrajo por la fuerza un maletín que contenía agendas y material de trabajo a la víctima, para luego fugarse los dos sujetos por Vicente Gil con dirección al oeste. A setenta metros del lugar el acusado fue aprehendido, mientras que el otro logró fugarse dejando abandonada la res furtiva en el interior de un taxi.

2.- Recurso de casación

Expresa la recurrente que la sentencia es arbitraria e inmotivada. Requiere que se encuadren correctamente los hechos y que se determine adecuadamente la pena, ya que la considera arbitraria y carente de motivación.

Agrega que se ha valorado y seleccionado arbitrariamente la prueba, sobre todo en la acreditación de las circunstancias atenuantes, vulnerándose el principio in dubio pro reo. En particular, se agravia por la valoración de dichas circunstancias atenuantes y las agravantes, sobre todo porque al hablar del menoscabo de los bienes jurídicos afectados, se valora la cuantía de los mismos, para incongruentemente, apartarse de la escala mínima.

Señala que no se tuvo en cuenta que los bienes fueron recuperados, cesando inmediatamente la conducta reprochada.

Destaca que se ha incurrido en un exceso, evidenciando una falta de proporcionalidad, dado que el acusado se comportó con torpeza y es adicto; que su comportamiento dejó traslucir su inexperiencia e ignorancia, lo que impone un mayor acercamiento al mínimo de la escala legal.

Sobre los elementos objetivos agravantes, se agravia porque no surgen de autos, ya que la peligrosidad a la que alude la norma debe considerarse objetivamente y en el caso concreto, no están justificados los diez años de prisión impuestos.

Agrega que tampoco se justifica ese monto, a su entender, en lo relativo a la selección de las víctimas, desde que en su relación con el daño causado, la peligrosidad, y el modo de emplear el arma, la violencia se circunscribió a la naturaleza del arma, sin que pueda advertirse una agresión mayor. Repite que fue la adicción lo que llevó a su asistido a cometer el delito y no su falta de necesidad.

Con relación a la reiteración que resalta el juez, apunta que de autos surge que no hay antecedentes del autor más allá de los juzgados, y que en una de las causas, los dos hechos fueron en un intervalo de minutos, lo que atenúa el acto.

Agrega que el juzgador se ha apartado de la razonabilidad que impone la norma. Refiere que no se llevó a cabo un **juicio abreviado final**, porque se consideró excesiva la pena que pretendía el Ministerio Público Fiscal.

Expresa que no se meritó la dificultad para ganar el sustento del acusado, de donde deriva que el reproche a su conducta debe ser menor; que siempre tuvo voluntad de reconocer el hecho, que tiene escasa edad y la posibilidad de resocialización con un tratamiento para adicciones, por lo que pide que se aplique condena de ejecución condicional de tres años de prisión, para lograr esa resocialización.

Apunta que el segundo párrafo del art. 41 bis CP veda la posibilidad de agravar la pena cuando el uso de un arma de fuego, constituye uno de los elementos constitutivos del tipo penal. Asimismo, señala que no se valoró a favor de su asistido, la extensión del mal producido por el delito.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado, porque el juez de la instancia previa analizó debidamente las cuestiones planteadas.

En relación a la pena, destaca que la escala de los delitos en que se encuadraron los hechos acreditados, oscila entre los seis años y ocho meses a los cuarenta y cinco años. Agrega que no hay falta de motivación ni doble valoración.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el juzgador se basó en las pruebas incorporadas, que ponderó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa ha invocado de manera genérica pero no ha podido demostrar.

Concretamente, la defensora tilda de arbitraria, incongruente y desproporcionada la determinación de la pena aplicada, sin tener en cuenta que el juzgador se ajustó en el proceso de mensura, a lo dispuesto por los artículos 40, 41 y 55 del Código Penal así como a las constancias de autos. Tal penalidad tampoco es inmotivada, como señala la recurrente.

Así, de la revisión efectuada emerge que la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso no ocurre.

En efecto, el juez de la instancia previa consideró no sólo que el hecho ocurrido en el año 2016 quedó en grado de tentativa, sino que la adicción del acusado a sustancias nocivas que él mismo reconoció, su condición de boxeador profesional, educación y costumbres revestían la calidad de atenuantes, así como que la res furtiva en los tres casos acreditados era de escasa cuantía. Por ende, los dichos que en sentido contrario vierte la impugnante, no tienen sustento en autos.

Asimismo, soslaya la defensora recurrente, que el **art. 40 del CP** dispone que «[...] los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso[...]» de conformidad con el art. 41 CP.

De tal manera, no hay arbitrariedad alguna en la consideración de las circunstancias valoradas como agravantes por el juez de la instancia previa.

Entre éstas, enumeró el juzgador la naturaleza peligrosa de la conducta asumida en los tres hechos por Astudillo así como la selección de víctimas mujeres y de edad avanzada, por su mayor vulnerabilidad.

También, la reiteración de esas conductas y el modo en que empleó el arma de fuego.

En este sentido, de lo actuado surge que ante la negativa de una de las víctimas a entregarle sus pertenencias, el acusado no se limitó a exhibir el arma como forma de constreñirla hacerlo, sino que efectuó un disparo.

Dicho en otras palabras, fue el modo como utilizó el arma de fuego en esa ocasión – disparándole– y no el mero hecho de haberla esgrimido, lo que se valoró como circunstancia agravante de la pena, consideración ésta que de ninguna manera encubre una doble valoración de los elementos constitutivos del delito, establecidos por el legislador en el art. 166 inc. 2 segundo párrafo del CP (ver al respecto Godoy Omar Juan Manuel , entre otros).

También prescinde la defensa de lo normado por el art. 55 CP, en el que encuadran los tres hechos acreditados en el marco de este proceso, evidenciando su crítica en este aspecto una discrepancia con la penalidad impuesta, sin refutar los motivos que el juzgador dio en los fundamentos para apartarse del mínimo de la escala penal aplicable.

Esta discrepancia con el criterio utilizado por el juzgador para ponderar los elementos que lo llevaron a imponer la sanción resistida, queda manifiesta por ejemplo, cuando niega en el escrito recursivo que «[...] la selección de la **víctimas –mujeres de avanzada edad y por ende más vulnerables–**» en cada uno de los tres hechos comprobados, sea causal del apartamiento del mínimo de la sanción aplicada.

En esta dirección, se debe tener en cuenta que el art. 41 CP establece entre los criterios de determinación de la pena la calidad de las personas, lo que significa que las particularidades de la víctima, en tanto resultan relevantes desde el punto de vista del delito, pueden ser valoradas en la medida en que la acción represente el aprovechamiento de una especial situación de indefensión.

De acuerdo con ello, **cuanto menores sean las posibilidades de la víctima de repeler el ataque, mayor será la penalidad** (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2° edición, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 128).

Por ello, el art. 41 del CP dispone que el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del acusado, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

En virtud de lo señalado, las valoraciones realizadas por el juez en relación con la particular situación de las víctimas de los delitos atribuidos al acusado, aparecen ajustadas a la normativa sustancial y debidamente fundadas.

También la defensora resalta que debió ponderarse como atenuante, la voluntad del acusado de reconocer el hecho, negándole a la vez el carácter de agravante a la reiteración de las conductas furtivas, basándose para ello en la carencia de antecedentes de su defendido, pretendiendo que en base a la torpeza por él demostrada, se le aplique el mínimo de la pena prevista o bien, tres años de prisión en suspenso, monto que no justifica en función de los delitos endilgados.

De esto se desprende, que la defensora desconoce en primer lugar, que han sido considerados en favor de su defendido esos extremos, toda vez que la escala penal aplicable parte de los seis años y ocho meses de prisión, llegando a los cuarenta y cinco años.

Máximo del cual se distancian, notablemente, los diez años fijados, ya que el sentenciante situó la penalidad en el tercio inferior de dicha escala, justamente, en atención a la existencia de las circunstancias atenuantes que en los fundamentos refirió.

Además, la defensa afirma el tribunal falló más allá de lo que pretendió quien ostentaba la titularidad de la acción penal pública, conspirando así el a-quo contra la estructura acusatoria del sistema y el derecho fundamental de defensa en juicio de su asistido; términos que no se compadecen con lo actuado en este juicio, dado que el Ministerio Público Fiscal pidió que se fijara la pena en los diez años de prisión, por los que el juzgador condenó a Astudillo Salas.

De tal manera, se evidencia una vez más que en su recurso, la defensora prescindió de las constancias de la causa, y no refutó los argumentos que dio el juez de la instancia previa en su sentencia.

Resta decir que tampoco puede acogerse la queja dirigida a que se condene al acusado a tres años de prisión en suspenso, puesto que con esa pena inferior a la mínima de seis años y ocho meses de prisión, se infringiría indebidamente la normativa vigente.

De tal modo, omite la impugnante que los jueces deben aplicar la ley, según lo establecen la Constitución Nacional (art. 112) y la Constitución de Mendoza, que especifica que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que «las sentencias que se pronuncien se fundarán en el texto expreso de la ley» (art. 149).

En el mismo sentido **Luigi Ferrajoli**, padre del garantismo, al abordar las «fuentes de legitimación del Poder Judicial y de su independencia», establece que «El primer fundamento es la sujeción del juez únicamente a la ley. Es a través de esta **sujeción a la ley** que la jurisdicción se conecta, en una democracia, con la voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias» (autor citado, “Constitucionalismo y jurisdicción” en “Escritos sobre derecho penal - Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2.014, tomo 2, p. 438).

Deber éste que en el ejercicio de la función de los jueces no es discutible, debe cumplirse.

Estas consideraciones eximen por su contundencia, del tratamiento más extenso del resto de los agravios, que reitero, sólo manifiestan una discrepancia con el criterio valorativo del juzgador, ya que se centran en la «arbitrariedad en la valoración y selección arbitraria de la prueba de cargo y descargo, fundamentalmente en lo relativo a la valoración de las circunstancias que acreditan las atenuantes» (recurso, Capítulo II b) y en consecuencia, carecen de dirimencia para modificar el acto sentencial objeto de este recurso de casación.

Por último, consigno que el principio in dubio pro reo no ha resultado vulnerado, toda vez que de la revisión practicada emerge que la motivación de la sentencia se ajusta a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP requerida por el impugnante, según se ha dicho expedido este Cuerpo con anterioridad (L.S. 419-17, 397-237, 388- 024, 388-062), y en virtud de los lineamientos brindados recientemente por la **Corte Federal, en el caso “González Nieva, Jorge Enrique” (Fallos 343:1181)**.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios esgrimidos ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensora de Diego Maximiliano Astudillo Salas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de diciembre de 2021.-

44- SOTO ENRIQUE. 17-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211217_FcSEA.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 104, 183, 277 inc. 1 letra c, 55 del CP

Vox: Robo Agravado. Arma impropia. Abuso de Arma. Daño. Encubrimiento. Derecho de Defensa. Defensor de confianza. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión**, con más la inhabilitación absoluta por igual término, accesorias legales y costas, como autor del delito de robo agravado por el uso de arma, y como autor de los delitos de abuso de arma, daño y encubrimiento simple, todos en concurso real (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; art. 104, art. 183, art. 277 inc. 1, letra “c”, art. 55, todos del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que el recurso es procedente desde el punto de vista formal, pero que debe ser rechazado en el fondo.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación, anulando la sentencia 1520, sus fundamentos y debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1520, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 183-188
- L.S. 202-001
- L.S. 269-234

b-CSJN

- Mario Fernández. Fallos 312:1042
- Paz. Fallos 279:91
- Peirano Basso. Fallos 329:1219.
- Salvatierra. 22-12-20: <https://www.cij.gov.ar/nota-38379-La-Corte-Suprema-asegur--el-derecho-de-defensa-en-juicio-y-la-libre-elecci-n-de-la-asistencia-letrada-al-resolver-los-recursos-de-la-defensa-de-Ram-n-Gustavo-Salvatierra-y-del-fiscal-general.html>

c-CIDH

- Genie Lacayo Vs. Nicaragua. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf

Doctrina citada.

CARNELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el proceso penal”, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1950, Tomo 1, p. 240 y ss.

Parágrafos destacados.

Del voto del Dr. Valerio - preopinante- “En este contexto, a mi entender, la limitación del derecho del acusado devino irrazonable, en tanto la decisión del tribunal de la instancia anterior es arbitraria porque desconoce la amplitud de la que aquél goza para diseñar su estrategia defensiva, en consonancia con la máxima protección que ostenta el derecho de defensa en juicio”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-05684759-0/1((018601-53489)) F. C/. SOTO ENRIQUE ANIBAL POR ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (53489/20) (53489) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105869148*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05684759-0/1 caratulada **“FC/SOTO, ENRIQUE ANÍBAL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO**, y tercero el **DR. PEDRO J. LLORENTE**.

La defensa del acusado Enrique Aníbal Soto formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.520 y sus fundamentos (incorporados al sistema LeD) en tanto condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión, con más la inhabilitación absoluta por igual término, accesorias legales y costas, como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en la causa N° P53.489/20, y como autor de los delitos de abuso de arma, daño y encubrimiento simple en la causa N° P-95.265/18, todos en concurso real (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; art. 104, art. 183, art. 277 inc. 1, letra “c”, art. 55, todos del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial – actuando en sala unipersonal–.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la causa N° P-53.489/20, el tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal de citación a juicio. Esto es, que en fecha 15 de julio de 2020, siendo las 15:30 horas, el acusado sorprendió a la señora Claudia Marcelina Corzo en ocasión en que ésta caminaba por calle Pareditas a metros de Calle Chuquisaca de Villa Hipódromo Godoy Cruz, Mendoza. En esa oportunidad, utilizando un cuchillo, le tironeó la cartera, y le sustrajo dinero en efectivo (\$ 2000), una campera inflable de color violeta talle N° 3 y un celular Samsung color blanco con protección de color negro. Luego de amenazarla con matarla en el caso que hiciera la denuncia policial, Soto se dio a la fuga.

Para decidir de tal modo, el juez valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales de Claudia Marcelina Corzo y de Carlos Alfredo Corzo, el acta de reconocimiento en rueda de personas y el resto de la prueba instrumental incorporada al proceso. Plexo probatorio que le permitió descartar la versión exculpatoria que ofreciera el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

En cuanto a los hechos ventilados en el marco de la causa N° P-95.265/18 el tribunal también consideró demostrada la plataforma fáctica contenida en la requisitoria fiscal de citación a juicio, pieza que da cuenta que en fecha 18 de noviembre de 2018, a la hora 6.40, aproximadamente, en el Barrio Sol y Esperanza de Godoy Cruz, en las calles Pareditas y Panquehua, Enrique Aníbal Soto, con un arma tipo

tumbera, a una distancia de medio metro, apuntó a Nahuel Antonio Padilla que se encontraba en el interior de la camioneta marca Ford EcoSport, dominio FVX-452, y efectuó un disparo dañando el parante izquierdo del vehículo. Inmediatamente después, Enrique Soto y Luis Andrés Fuentes comenzaron a golpear la camioneta de Nahuel Antonio Padilla con los caños del arma tipo tumbera que habían desmontado y destruyeron el vidrio de la luneta.

Asimismo, que el mismo día 18 de noviembre de 2018, a las 18.00 hs aproximadamente, personal policial de la Unidad Investigativa llevó a cabo la medida judicial de allanamiento ordenado en autos N° 95.265/18 por el juez en turno del Juzgado Penal Colegiado N° 2 en el domicilio de B° Sol y Esperanza, Mna B Casa 1 de Godoy Cruz, secuestrando en la habitación donde pernoctaba Enrique Aníbal Soto, un motor de moto que registraba pedido de secuestro librado en el marco de los autos N° P-91.763/18, por haber sido sustraído.

Para así decidir, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de Tamara Analía Secco Vílchez y Juan Gabriel Arroyo Campos, así como también, la prueba instrumental incorporada a la causa, entre ella: el acta de denuncia, el acta de procedimiento policial y croquis ilustrativo, el acta de allanamiento, el informe de policía científica, y demás elementos probatorios introducidos al debate.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, a los términos de los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP. Ello por entender que la decisión criticada adolece de vicios sustanciales y formales en el razonamiento desplegado.

En lo que sigue, se reseñarán los agravios expresados por la defensa en el orden en que fueron expuestos en el libelo recursivo.

2.1.- Vicios In Procedendo

En relación con los vicios de procedimiento, la defensa considera que la sentencia impugnada adolece de una motivación arbitraria, derivada de varias razones. En particular, las siguientes.

a.- Agravios que surgen de la audiencia preliminar

Por un lado, según la explicación que brinda la recurrente, aunque el defensor anterior de Soto no presentó prueba que sustentara su teoría del caso, de conformidad con lo previsto en el art. 367 y concordantes del CPP, el juez de la instancia anterior le permitió adherir a la prueba ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Con lo cual, a su criterio, se ha vulnerado la normativa procesal que expresamente prevé que sea cada parte quien debe presentar la prueba de la que se valdrá durante el debate, trasuntando ello en un perjuicio al acusado, pues se convalida con esa decisión judicial la inacción del letrado.

Por otra parte, la defensa cuestiona que la prueba no ha sido ofrecida de forma oral durante la audiencia preliminar como lo establece la ley adjetiva, sino en forma escrita y previa. A lo que agrega que el tribunal ha admitido que se produzca la prueba ofrecida por la acusación, sin haberle corrido vista previa en forma oral al defensor para que formule su oposición.

b.- Agravios que surgen del debate

En este pasaje, la defensa explica que el acusado manifestó a viva voz durante el debate que tenía al menos cuatro testigos que podían dar cuenta de su presencia en el domicilio el día 15 de julio de 2020

(fecha del hecho en autos N° P-53.489/20), además de una constancia que acreditaba que el mismo día de los hechos, su madre había denunciado a la familia Corzo.

Ello motivó que el entonces defensor le solicitara al tribunal de juicio que los sujetos referidos por Soto fuera citados a declarar al debate, y se permitiera la incorporación de la mencionada constancia, encausando esa pretensión como nueva prueba. Solicitud que fue rechazada por el juez.

Al desarrollar este punto, la defensa critica los argumentos dados por el sentenciante para resolver del modo señalado.

Entiende que la existencia de esos testigos nombrados por el acusado en ejercicio de su defensa material surgió por primera vez de boca del propio acusado durante el debate.

Por lo tanto, si bien el defensor no ofreció antes la prueba, lo cierto es que todas las partes tuvieron ocasión de escucharlo en el debate, lo que hace surgir la obligación judicial de evacuación de citas.

De esta manera, si el juez entendía que no se trataba de nueva prueba –como lo solicitó el defensor– igualmente debió darle trámite a la prueba referida por el acusado, conforme lo establece el art. 279 del CPP aplicable también en el debate –evacuación de citas– porque, además, el acusado no conoce el derecho ni las formas, por lo que no puede recaer en su perjuicio la falencia o la omisión de su defensor técnico.

Seguidamente, cuestiona que su representado fue desoído por el sentenciante sobre su voluntad de tener un nuevo defensor para el juicio. Señala sobre este aspecto que Soto presentó un escrito donde, antes del inicio del debate, manifestaba que no quería continuar siendo asistido por el Dr. Carreño. Instrumento que arribó tardíamente al tribunal, pues su incorporación a la causa ocurrió una vez comenzado el juicio.

Expresa que si bien fue puesta en conocimiento de su existencia durante el mes de febrero del corriente año, consultó si el acusado había ratificado aquella voluntad durante el debate, informándosele que hasta ese momento –antes de la audiencia del 12 de febrero de 2021– no había manifestado nada. Por ello, consideró que devenía en abstracto la declinación de la intervención del Dr. Carreño.

En ese contexto, aduce que la compulsas de lo ocurrido en la audiencia citada permite observar que, al ser informado de lo actuado por el tribunal y esa defensora oficial con motivo de la recepción del mencionado escrito, el acusado manifestó que no quería la defensa del abogado particular que lo asistía, y que en cambio quería la defensa de un abogado de nombre “Francisco”, sin poder dar mayores precisiones sobre el apellido. Acto seguido, la defensa expresa que el juez manifestó que debía hacerse presente en el acto ese abogado, caso contrario tenía que proceder con la etapa de incorporación de prueba y de alegatos, a fin de cumplir con la agenda dispuesta por la OGAP N° 1. Así, sin tener en cuenta aquella expresión de voluntad del acusado, el juez continuó con el proceso y, ese mismo día, su representado fue condenado.

En virtud de ello, considera la impugnante que Soto estaba en su derecho de proponer abogado de su confianza, sin importar la etapa procesal transitada, de acuerdo a lo que surge de los arts. 135, 139, 377 y cc del CPP. De ahí que la decisión del tribunal ha violado el derecho de defensa, por lo que la sentencia resulta nula.

Finalmente expresa que se ha incorporado prueba instrumental de manera errónea e ilegítima al debate. Señala que aquello que el juez consideró como denuncia en los autos del juicio aquello que es, en realidad, una actuación correspondiente a la causa N° P-95.265/18, pues en las presentes actuaciones no hay

denuncia porque se iniciaron mediante una compulsula. Refiere que la errónea incorporación en la que incurrió el tribunal también resulta inválida desde que Padilla – denunciante en estos últimos– nunca declaró en la investigación penal preparatoria de los autos N° P-95.290/18, lo que también impide proceder bajo el amparo del art. 400 del CPP.

Al desarrollar este punto de agravio la defensa, por un lado, manifiesta que el error denunciado sólo es salvable en esta instancia por medio de la exclusión probatoria de una denuncia que es copia, mientras que, en otro tramo de su escrito, expresa que la incorporación de la copia de la denuncia de Padilla como un instrumento público, determina la nulidad de los actos que de ello se desprende en un fruto del árbol envenenado.

c.- Agravios que surgen de la sentencia impugnada

La defensa expone sus agravios separadamente respecto de cada una de las causas resueltas en debate. Veamos.

Autos N° P-53.489/20

c.1.- Como primer agravio casatorio, la defensa sostiene que el tribunal de la instancia anterior no analizó exhaustivamente las discrepancias entre las sucesivas declaraciones de Claudia Corzo, ni tampoco las que surgen de ellas con los dichos de su hermano Carlos Corzo. Contradicciones que siembran duda sobre la existencia del hecho denunciado.

En lo que sigue, se exponen las contradicciones que la letrada considera más relevantes:

c.1.1.- Refiere la recurrente que, en la declaración de Claudia Corzo, existen diferencias en cuanto a la hora en que supuestamente ocurrió el hecho. Mientras que en la denuncia dijo que había sucedido a las 15:30 hs., cuando declaró durante la investigación sostuvo que aconteció a las seis de la tarde.

Considera la defensa que se trata de una diferencia relevante desde que su hermano – Carlos Corzo– declaró en debate que, al momento en que se produjo supuestamente el hecho, su hermana se dirigía a su domicilio para almorzar, lo que no resulta posible a las seis de la tarde.

c.1.2.- Señala también omisión de valoración de la falacia en la que incurrió la denunciante al mencionar si conocía o no personalmente a Soto. En su denuncia y declaración testimonial, dijo que sólo lo conocía de vista, que lo ubicaba del barrio donde todos lo llamaban «Quique» porque era vecino de un hermano suyo, pero que no tenía ninguna relación con aquél. Durante el debate, refiere la defensora, que se contradijo sobre este aspecto cuando afirmó que al acusado y a su madre los conocía desde hacía diez años, ya que todos vivían en el barrio Susso.

Agrega que la falsedad en la que habría incurrido la denunciante sobre este punto también surge a partir de lo declarado por el acusado en el debate, quien dijo que la noche anterior a la denuncia de Claudia Corzo por el supuesto robo, ella y sus hermanos ingresaron a su domicilio, golpearon a su primo y lesionaron a su madre quien denunció el hecho el día 15 de julio del año 2020.

Por todo ello, la impugnante considera que efectivamente la denunciante conocía a Soto, y que la denuncia que originó los presentes obrados es una mentira que surge a raíz de aquélla que – contemporáneamente– interpuso su madre por el evento sufrido a manos de la denunciante y sus hermanos.

c.1.3.- Expresa que las discrepancias también se observan sobre el contenido de los elementos supuestamente sustraídos. Mientras que, en principio, habría dicho que el acusado le robó dos mil pesos, una campera color violeta y un teléfono Samsung común blanco, luego sostuvo que la sustracción consistió en una mochila negra con tachas, una campera rosada, un monedero con una cara de conejito que tenía dos mil pesos y un teléfono Samsung J color blanco con la pantalla trisada con chip «Movistar». Finalmente, durante el debate, a preguntas de la defensa sobre la compañía telefónica de su línea de teléfono, respondió que era de la empresa «Claro».

Entiende la defensa que esas diferencias entre una y otra declaración revelan que el hecho no ocurrió porque, de lo contrario, nadie puede dudar sobre los elementos que le han sido sustraídos, ni confundirlos, ni tampoco efectuar relatos discordantes.

c.1.4.- Señala que las discordancias también se observan cuando describe que, al momento del hecho, se encontraba conversando telefónicamente con su hermano.

Al respecto, señala la defensa que existen dudas sobre la existencia de esa comunicación. Carlos Corzo dijo que, en ese momento, iba trasladándose en motocicleta, y que fue un vecino quien le avisó que su hermana había sido víctima de un robo. Con lo cual, si efectivamente hubieran venido conversando telefónicamente, o bien él no estaba manejando una moto, o, si la manejaba y hablaba por teléfono, lo hubiera dicho en debate. Además de que, en este último caso, tendría que haber escuchado a través del dispositivo de comunicación las manifestaciones del sujeto al momento del robo.

Por otro lado, tampoco existiría coincidencia entre los motivos de la supuesta comunicación, lo que pondría en tela de juicio si era la primera vez que concurría a la casa de su hermano o no, además, respecto de cómo habrían llegado sus hijas al domicilio de éste último.

c.1.5.- Indica que, a la falta de concordancia entre los relatos de los hermanos, se suma que la víctima dijo haber sido atendida por unos vecinos del lugar, y que una mujer le había dado un vaso con agua. Pero Carlos Corzo manifestó que no conocía al vecino que le dijo el nombre de su hermana, ni tampoco pudo señalar las características de la mujer que la asistió; aspecto sobre el cual no se profundizó en la investigación a fin de dar cuentas con presuntos testigos.

c.1.6.- Menciona que la denunciante pudo no estar en el lugar donde dice haber estado, ni llegado en micro, porque era época de restricciones de circulación por pandemia, y que los colectivos no trasladaban más que personal esencial. Refiere que los decretos nacionales y provinciales que en su consecuencia se dictaron, impedían que Claudia Corzo pueda haberse encontrado en la calle un día miércoles, pues según la terminación par de su documento nacional de identidad, ello no le era permitido, y las visitas familiares sólo se permitían los fines de semana. Mucho menos podría haber abordado un colectivo con dos niñas, pues era evidente que, al hacerlo, no se trataba de personal esencial y ningún chofer se hubiera arriesgado a su traslado.

Suma que, dado el contexto de pandemia, el presunto autor debió tener al menos barbijo, ya que nadie salía a la calle sin ese elemento. Sobre ello, advierte que la denunciante nunca describió a la persona que le robó, sino que lo único que hizo fue mencionar el apodo y el nombre, pero nadie le preguntó sobre el uso de barbijo, ni porqué estaba en la calle a esa hora pese a las restricciones.

c.1.7.- Indica que no obra en el expediente que las menores de edad hayan declarado en Cámara Gesell para acreditar las circunstancias del hecho, ni una negativa de la madre de someterlas a ese procedimiento.

c.1.8.- Alude, además, que tampoco se halló el presunto cuchillo utilizado en el hecho, ni los elementos en poder del acusado. Tampoco se observa que se haya practicado allanamiento en esta causa.

A partir de las discordancias apuntadas, la defensa entiende que no existe ninguna conexión objetiva que sinde al acusado como autor del hecho por el que ha sido condenado. Sino que, por el contrario, existen dudas insalvables que surgen del aspecto subjetivo de las declaraciones, adquiriendo fuerza convictiva la declaración de Soto cuando dijo que no había salido a la calle en todo el día 15 de julio de 2020. Por ello, entiende que la denuncia se trata de un invento.

c.2.- Como segundo agravio casatorio, la letrada considera que se ha valorado de manera exagerada el reconocimiento en rueda de personas efectuado por Claudia Corzo. Considera que esa prueba pierde peso convictivo porque ha quedado demostrado que la denunciante conocía previamente al presunto agresor.

c.3.- En tercer lugar, critica que el sentenciante haya valorado en contra de los intereses del acusado la actuación del defensor en el debate, particularmente respecto de las preguntas que le formulara esa parte a los hermanos Corzo en juicio.

c.4.- Finalmente, la casacionista cuestiona, para acreditar la autoría del acusado en el hecho enrostrado, que el tribunal de juicio valoró la adicción a la marihuana y la personalidad depresiva del acusado, demostrando con ello que el sentenciante se valió en ese aspecto de la perturbación que le genera a su espíritu la psiquis del acusado.

Por todo ello, entiende que no está probada con certeza la materialidad del hecho intimado en los presentes obrados, que existen dudas, contradicciones y orfandad probatoria que desacreditan el razonamiento incriminante que sostiene el fallo impugnado.

Autos N° P-95.290/18 –en la sentencia como N° P-95.265/18, y en el recurso bajo el N° P-95.260/18–

c.1.- La recurrente cuestiona que la pieza impugnada contiene una mención a una causa que no ha sido objeto del juicio seguido en contra de su representado. Dice que se trata de un error del tribunal de juicio, que se materializa en el fallo y en los fundamentos dictados en su consecuencia, donde se mencionan los autos N° P-95.265/18 cuando éstos no fueron motivo de debate.

Supone que la situación irregular descrita se produjo porque la causa N° P95.260/18 no se inició con un decreto, sino con la compulsión extraída de los autos N° P-95.265/18, compulsión que se inicia precisamente con la copia del acta de denuncia de Nahuel Padilla en estos últimos.

A partir de allí interpreta que, aun cuando la plataforma fáctica que se desprende de la causa P-95.260/18 haya sido correcta, el tribunal ha condenado a Soto en una causa diferente de aquella por la que se lo encausó.

Reconoce que si bien ese error no provoca la nulidad de la sentencia, debe ser subsanado en esta instancia mediante la anulación del fallo, porque esa irregularidad determinó que el juez incorporara como instrumento público en estos autos la copia de una denuncia, formulada por Nahuel Padilla en otro expediente –N° P-95.268/18–.

Manifiesta que el denunciante referido no declaró en los autos objeto del proceso, lo que imposibilita incorporar su declaración a los términos del art. 400 del rito penal.

Considera que ese sería el vicio que provoca la nulidad del fallo atacado a los términos del art. 416 inc. 3 del CPP. Esto, en razón de que precisamente esa denuncia en copia fue la pieza fundamental en que se basó el tribunal de juicio para acreditar la participación punible del acusado en los hechos intimados. Por lo tanto, si la incorporación es inválida, ese efecto nulificante se propaga a todos los actos que de ella se desprenden, incluida la sentencia que en ella se basa.

Acto seguido, la letrada reprueba que se haya cotejado la copia de la denuncia referida con el testimonio de Tamara Analía Cecco Vilchez, quien no ha declarado en autos P95.260/18. Refiere que durante el debate, el fiscal interviniente quiso hacerle reconocer a esta testigo su firma inserta en la declaración que tenía en copia de los autos N° P-95.265/18 a los términos del art. 400 del CPP., petición rechazada por el juez al ponderar el carácter de copia de ese instrumento. De allí que esa testimonial no pudo ser utilizada en el juicio para ayudar a la memoria de la declarante.

Estima que su testimonio sobre los hechos ha sido arbitrariamente valorado en la sentencia cuestionada porque, además de presentar contradicciones, en ellos no existe referencia alguna que vincule a Soto en los hechos intimados, a quien ni siquiera lo identificó por su apodo.

Repasa la declaración en debate del Aux. Segundo Juan Arroyo Campos e indica que el fiscal pretendió que el testigo reconozca como suya la firma que obra en el acta de procedimiento, aunque el juez nuevamente rechazó esa petición al considerar que no se trataba del original, sino de una copia.

Advierte que el sentenciante se excedió en el ejercicio de su actividad jurisdiccional al interrogarle al testigo sobre su conocimiento del secuestro realizado.

c.2.- La defensa, para el caso en que este Tribunal no estime que lo antedicho es motivo para invalidar la sentencia pronunciada en estas actuaciones, considera que la denuncia de Nahuel Padilla que originara las actuaciones contenidas en los autos N° P-95.265/18 contiene dichos contradictorios y falaces. Para ello señala los siguientes argumentos.

c.2.1.- Resulta falaz que sufrió un robo en su domicilio particular, desde que la pericia científica RC 2432/18 realizada en los autos de referencia no arrojó pruebas que acreditara el desapoderamiento de los bienes denunciados, y los daños a su propiedad. A lo que agrega que policía científica levantó rastros papilares (7) y muestras epiteliales (1) que no fueron informadas como relevantes ni coincidentes con las de Soto.

c.2.2.- Se contradice el denunciante cuando se refirió al sistema de seguridad de su vehículo. Pues la constatación de daños del mismo determina que policía científica comprobó que la camioneta en cuestión tenía el sistema de seguridad dañado. Circunstancia que demuestra que no es cierto que, como dijo Padilla, el acusado se acercó y, a una distancia de un metro y medio de la camioneta, intentó abrirla, pero que, como estaba cerrada con seguro, le apuntó al parabrisas. De tal manera, si no le funcionaban los seguros, no pudo tenerlos colocados.

Por todo ello, la defensora considera que resulta dudosa la participación del acusado en los delitos de daño y de abuso de armas.

c.3.- En relación con el delito de encubrimiento, la defensa considera que su atribución al acusado sólo se sostiene a partir de un allanamiento en el que los actuantes se excedieron de la orden emitida por el juez competente, con relación a la enunciación de lo que era motivo de secuestro. Por lo tanto, el motor secuestrado en esos términos, es prueba obtenida en forma ilegítima, y debe ser excluida a los términos del art. 207 del CPP.

A ello agrega que tampoco en la sentencia se analiza adecuadamente el resultado que arrojó esa medida, en la que no se logró el secuestro de ningún arma de fuego de fabricación casera ni elementos similares que dieran cuenta que el hecho fue cometido por Soto.

2.2.- Vicios In Iudicando

En orden a los vicios sustanciales y en el marco de los autos N° P-53.489/20, la recurrente estima que la falta de secuestro del arma utilizada en el supuesto robo, impide calificar jurídicamente la conducta de Soto como lo hace la sentencia. En su caso, propone su encuadre a los términos del art. 164 del CP, es decir, como robo simple.

Por su parte, en relación con los autos N° P-95.260/18, considera que existe un déficit de fundamentación sobre las figuras penales utilizadas por el sentenciante para encuadrar típicamente el comportamiento de Soto, lo que provoca la nulidad de la pieza atacada a los términos del art. 416 inc. 5 de la ley adjetiva.

Dice que el juez no puede hacer remisiones a pronunciamientos anteriores para fundar la calificación legal.

2.3.- Pretensión

En función de todo ello, la defensa solicita se anule la sentencia N° 1520 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1, conforme lo previsto en el art. 416 inc. 3 y 5 del CPP, y se remitan las presentes actuaciones al subrogante legal para que se realice un nuevo juicio.

En su defecto, se case la resolución impugnada y se absuelva al acusado por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En su dictamen, el Titular del Ministerio Público Fiscal considera que el recurso procede desde el punto de vista formal, pero que debe ser rechazado en el fondo.

En este sentido, en primer lugar, sostiene que no se va a pronunciar sobre los agravios relacionados con lo sucedido en la audiencia preliminar, porque ellos debieron ser objetados en la oportunidad correspondiente, siendo a esta altura extemporáneos.

En segundo lugar, en referencia a los agravios que surgirían del debate, expresa que éstos son reiteración de aquellos que la recurrente le endilga a la propia sentencia impugnada, salvo en cuanto al cuestionamiento referido a la violación del derecho de defensa provocado por haberse desoído al imputado en su voluntad de sustituir abogado defensor. Aspecto sobre el cual, entiende que no le asiste razón a la recurrente porque ello no surge de las expresiones del Soto durante el debate.

En tercer lugar, con relación al grupo de agravios de la sentencia, niega que la errónea designación de los autos de la sentencia pueda provocar la nulidad absoluta del fallo, desde que se trata de un error

subsanaable. Estima que lo importante es que la plataforma fáctica juzgada corresponde a la de la causa llevada a juicio, por lo que se trata de un error material involuntario subsanaable que no acarrea nada más que una corrección aclaratoria que integre el resolutivo.

En cuanto a las supuestas contradicciones que le asigna la defensa a las declaraciones de la víctima del robo, aprecia que estas son totalmente irrelevantes para probar que los hechos sucedieron de otro modo al que consagran los hechos acreditados.

Manifiesta que se trata de una opinión subjetiva de la recurrente el valor que se le asigna en la sentencia al reconocimiento. Aprecia que se trata de un elemento identificatorio importante que el autor del ilícito es quien integraba la rueda de personas.

Valida los argumentos por los que el magistrado interviniente consideró que las pruebas ofrecidas por la defensa para desacreditar el valor de la coartada de Soto, cuando declaró haber sido víctima de un ilícito perpetrado por la denunciante y sus hermanos.

Señala que es irrelevante e infundada la tacha defensiva sobre la consideración de la personalidad o la adicción como una visión o aversión personal del juez.

Rechaza la pretensión de la defensa con relación a la incorporación de la denuncia, pues se trata de un instrumento público que si bien pertenece a una causa distinta a la investigada, ello no obsta a que sea incorporada por el principio de libertad probatoria contenido en el art. 5 del CPP, al dar cuenta del hecho histórico sin consideraciones subjetivas. A

demás, señala que el tribunal ordenó excluir la testimonial de la víctima contenida en ese mismo instrumento, que no alcanzó al relato mediante el cual la víctima dijo que había concurrido a cargar nafta y que luego, cuando vuelve a su domicilio, se da cuenta que habían arrancado una reja de su domicilio, y le sustrajeron un televisor y un parlante bluetooth.

Por ello, estima que se encuentra debidamente acreditada la materialidad de los hechos y la responsabilidad que se le atribuyó al acusado en los mismos.

Descarta exceso en la orden del juez al dictar el allanamiento, porque es claro que cuando se practica esa medida, los funcionarios deben proceder respecto de cualquier elemento sospechado de delito. Es el caso de un motor que se encuentra desmontado del vehículo al que pertenece y que, a simple observación, se presume proveniente de ilícito.

Finalmente, manifiesta que se trata de otra consideración personal de la defensa con un criterio disidente, respecto de la insuficiencia de fundamentación de la sentencia respecto de la calificación. Pues se ha establecido claramente en los fundamentos que el robo se produjo con un arma blanca y que dicha circunstancia tipifica el delito previsto por el art. 166 inc. 2 primer párrafo del CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto oportunamente por la defensa del acusado y, en consecuencia, anular el debate celebrado ante el Primer Tribunal Penal Colegiado, la sentencia y los fundamentos dictados con posterioridad. Paso a explicarlo.

En forma preliminar y no obstante los cuestionamientos casatorios de la defensa referidos a la valoración probatoria efectuada por el tribunal de la instancia anterior y a la subsunción jurídica del caso, corresponde exponer los motivos por los cuales considero que la actuación del tribunal de sentencia en el marco de las presentes actuaciones, no se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio y del debido proceso legal.

Ello en tanto, se trata de una falencia que ostenta la entidad suficiente como para vulnerar garantías constitucionales de carácter indisponible, lo que necesariamente conduce – en mi opinión– a la anulación del fallo –a tenor de lo normado por los arts. 198 ss y cc del CPP.–. De manera tal que se resulta insustancial que me expida sobre los restantes motivos de impugnación.

Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (**L.S. 183-188; 202-001; 269-234**, entre otros).

En consecuencia, el abordaje de los recursos interpuestos comenzará por el tópico antes referido.

En su escrito recursivo, la recurrente considera que el tribunal de la instancia anterior actuó de manera irregular durante la tramitación del debate, adoptando decisiones que conculcaron el derecho de defensa de su representado.

En particular, destaca que el juez de sentencia le impidió a Soto ser asistido por un abogado de su confianza, pese a su manifiesta voluntad de revocarle la representación legal que previamente le otorgó al letrado que ejerció su defensa técnica durante el debate –Dr. Carreño–, y de solicitar la intervención de un nuevo defensor –público o privado–.

De acuerdo con la sustancia de la crítica, y en función que en ella se encuentra involucrado el derecho a la asistencia jurídica letrada, parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa que le pertenece a toda persona sospechada en causa penal desde el momento en que se produce cualquier actuación en su contra que le atribuye esa calidad, surge oportuno resaltar que nos encontramos frente a una garantía constitucional y convencionalmente reconocida, tutelada y reglamentada. Ello sugiere efectuar algunas breves consideraciones al respecto.

Garantía de defensa en juicio

4.1 La garantía de la defensa en juicio se encuentra prevista y consagrada en la Constitución Nacional, que a través de una formulación genérica dispone, en su art. 18, que «Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos».

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Mendoza, entre otros, lo consagra en el art. 147, en tanto dispone que «Queda establecida ante todos los tribunales de la Provincia la libre defensa en causa propia y libre representación, con las restricciones que establezca la ley de la materia»

No obstante ello, esa formulación genérica se particulariza y se completa de contenido con las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que se les ha reconocido –en las condiciones de su vigencia– jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Pues, sobre la mentada garantía, además de establecer un enunciado general similar al que utiliza el legislador nacional, se suministran normas que particularizan los requisitos básicos que hacen al concepto del derecho de defensa en juicio.

En esa línea se inscriben, particularmente, el **artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)**, norma que desarrolla extensamente el derecho general a la defensa, tanto en lo penal como en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas. El párrafo 1º prevé aquel derecho para todo tipo de procesos y los incisos 2º a 5º específicamente para el proceso penal. En cuanto aquí interesa destacar, la norma en cuestión dispone que «2.Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor» (art. 8, pto. 2, inc. “d”).

En el mismo sentido se observa el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (en adelante, PIDCyP), que sobre el particular dispone: «3.Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo [...]» (art. 14, pto. 3, inc. “d”).

El carácter fundamental que se otorga a la asistencia jurídica del acusado se observa con mayor intensidad en la regulación establecida para el caso de que aquél no se defendiera personalmente (o no se lo autorizara a hacerlo), ni tampoco designare letrado de confianza para asumir su defensa. Así, la CADH establece el «derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo de ley” (art. 8, pto. 2, inc. “e”), haciendo lo propio el PIDCyP en los siguientes términos: “[...] siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo» (art. 14, pto. 3, inc. “d”).

A su vez, el derecho de toda persona sometida a un proceso penal a ser asistido por un defensor privado o uno proporcionado por el Estado, como presupuesto esencial del debido proceso legal, ha sido materia de particular análisis por la Corte Suprema de la Nación, pronunciándose sobre éste tópico en múltiples precedentes, entre los cuales solo basta aquí destacar los siguientes: **«Mario Fernández» (Fallos 312:1042)**, **«Paz» (Fallos 279:91)** y, en especial, **«Peirano Basso» (Fallos 329:1219)**. Precisamente, en este último caso, la Corte Federal destacó el carácter definitivo del perjuicio que decisiones de esta naturaleza pueden ocasionar al derecho en cuestión, desarrollo argumental que fue replicado recientemente en la **causa «Salvatierra»** (sentencia del 22/12/2020, Fallos 343:2243,) donde, al resolver los recursos de la defensa del acusado y del Fiscal General, se asegura el derecho de defensa en juicio y la libre elección de la asistencia letrada.

En esas condiciones, es posible decir que el derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y art. 147 de la Constitución de Mendoza) se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a su texto (art. 75 inc. 22).

Así, el **derecho de defensa como una garantía procesal** se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido proceso y de la garantía de acceso a justicia (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

En este sentido, para visualizar esa íntima vinculación, surge pertinente señalar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que «El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera» (Caso “**Genie Lacayo Vs. Nicaragua**”, párr. 74)

Derecho que comprende, básicamente, la facultad de la persona sometida a proceso de organizar la pretensión acusatoria, dentro del marco de la normativa aplicable, del modo que mejor considere a función de sus intereses.

Esa ligazón entre el derecho de defensa y el debido proceso legal repercute en el diseño adjetivo del procedimiento penal. En cuyo caso, son las normas que lo regulan las que vienen a reglamentar el modo, los alcances y las posibles consecuencias que pueden derivarse de un irregular u omisivo reconocimiento al ejercicio de ese derecho.

En el plano local, esa regulación se observa en dos directrices: por un lado, en cuanto al régimen legal relativo a los defensores y mandatarios no solamente del acusado, sino también de otros sujetos procesales de la partes (entre otros, en los arts. 131 a 138 del CPP). Por otro, en el capítulo dedicado al abordaje del régimen de nulidades procesales (arts. 197 a 204 del CPP.).

Defensor. Art. 131 CPP.

En ese orden, mientras el art. 131 de la ley adjetiva hace centro en el acusado y su derecho a ser defendido por un defensor de su confianza, y regula los aspectos esenciales de la inviolabilidad de la defensa y el consiguiente derecho de aquél a tener un defensor técnico durante todo el proceso, el art. 134 del mismo cuerpo normativo prevé que, junto a la facultad del acusado de proponer un abogado particular de su confianza, el deber estatal de procurarle uno cuando el imputado no quiera o no pueda ejercer aquella facultad.

El contenido de ambas normas citadas revela indiscutiblemente que la intervención de un profesional abogado que ejerza la defensa técnica deviene en imprescindible, sea este público o privado de su confianza.

Lo afirmado en la última parte del párrafo precedente se refuerza a través del sistema de protección legal del derecho de defensa. Éste se encuentra desarrollado a través de las disposiciones legales que, entre otros aspectos, prevén la nulidad de los actos procesales cuando ellos evidencien irregularidades que perjudiquen de algún modo ese derecho en el devenir del proceso.

Me estoy refiriendo, concretamente, al **art. 199, inc. 3 del CPP**, en cuanto conmina genéricamente con la nulidad a todo acto que no observe las disposiciones legales atinentes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en procura de garantizar el eficaz ejercicio del derecho de defensa.

En estos casos, dada la entidad y trascendencia que resulta para el debido proceso legal de la irregularidad del acto o la inobservancia de disposiciones legales aludidas precedentemente, la sanción legal prevista es la nulidad absoluta del acto procesal así cumplido (art. 199 párr. 3° del CPP), desde que –con ello– se pone en crisis una garantía constitucional indisponible para las partes –art. 18 de la Constitución Nacional y art. 147 de la Constitución de Mendoza–.

Con lo cual, la circunstancia que emerge de considerar que a la efectiva y eficaz defensa técnica como un requisito de validez del procedimiento, denota no sólo una especial preocupación del legislador provincial en el resguardo de un derecho fundamental, sino que permite ver cómo la actuación de un abogado también es requerida para una mejor consecución y orden procesal.

Finalmente, resta mencionar que si entendemos que el derecho de defensa del imputado en causa penal consiste esencialmente en su facultad para llevar a cabo actividades para resistir, contrarrestar o atenuar la acusación en su contra –entre otras finalidades–, el contenido que hace a ese derecho de defensa, y que adquiere aquí importancia vital, es su derecho a ser asistido por un abogado de su confianza, en los casos en que elija oportunamente defensor particular.

El valor fundamental de la confianza que motiva la decisión de designar un abogado para que asuma la defensa penal, que conforma un aspecto que es reconocido expresamente por la ley (art. 131 párr. 1° del CPP), permite asegurar que «lo que la ley prefiere es que esta defensa sea ejercida por quien goce de la confianza del imputado» (Carnelutti, Francesco, “Lecciones sobre el proceso penal”, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1950, Tomo 1, p. 240 y ss.).

Nulidad. Art. 198 inc. 3° CPP

4.2.- Sentado cuanto precede, y del modo en que lo adelantara, la compulsión de las constancias de la causa pone al descubierto una trasgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso provocada por la irregular actividad del tribunal de la instancia anterior. Vicio que, de modo irremediable e insubsanable, priva de validez legal al acto jurisdiccional impugnado.

En efecto, considero que en el presente caso, el juez de sentencia no ha resuelto adecuadamente el pedido del acusado a contar con un **abogado defensor de su confianza**, restringiendo de tal modo, la libertad del sometido a proceso de organizar su propia defensa, ya sea mediante la designación de un abogado de su confianza o, en su caso, de ser asistido por el defensor oficial.

Ello, desde que fundó su decisión a través de la invocación de razones que carecen completamente de sustento legal, en tanto sólo reflejaron conjeturas del magistrado sobre la conducta del acusado que, en mi criterio, resultan insuficientes para limitar un derecho que goza de una protección especial en nuestro régimen constitucional.

En primer lugar, no puede soslayarse que la procedencia del agravio casatorio encuentra, en la propia actividad del acusado previa al debate, la génesis nulificante.

Me refiero, concretamente, a la confección y remisión al tribunal de la instancia anterior de un escrito en el que Soto exteriorizó válidamente su intención de proveer a la sustitución de su abogado defensor por un defensor oficial.

Esta circunstancia se comprueba a partir de la compulsión de las constancias digitales incorporadas a la causa –ver sistema LeD–, desde donde se observa que se encuentra agregado en autos un escrito

confeccionado por el acusado en fecha 1 de febrero de 2021, a través del cual expresamente le informó al tribunal de juicio que revocaba la representación legal del Dr. Carreño, y que solicitaba se le asigne un defensor oficial.

Esa presentación, conforme también surge de las constancias digitales, fue recepcionada por el tribunal en fecha 11 de febrero del mismo año, quien ordenó que se le diera intervención a la Defensoría Oficial que por turno correspondía, facilitándole en el mismo acto las constancias audiovisuales de la audiencia celebrada a los fines «[q]ue no fracase la audiencia de mañana, en razón de existir testigos citados con el auxilio con la fuerza pública. En cuanto al Doctor Sergio Carreño, déjese su notificación para la audiencia fijada para el día de mañana».

Al ser notificada de esa resolución, en fecha 12 de febrero del mismo año –horas antes de que tuviera inicio la segunda audiencia de debate previamente fijada–, la defensora oficial expuso los motivos por los cuales solicitaba que se tuviera por desestimada la revocación realizada por el acusado a su defensor particular, agregando que «[e]n caso de intervenir definitivamente esta defensa en la continuación del debate oral y público, solicito suspenda la audiencia fijada para el día de la fecha y otorgue los días que estipula la norma procesal para el caso puntual [...]». Pretensión en cuyo **respaldo invocó la Resolución N° 60 de la Coordinación del Fuero Penal Colegiado, en cuanto establece que las audiencias deben fijarse con una antelación no menor de cuarenta y ocho horas hábiles.**

Puestas en conocimiento las partes del derrotero procesal sucintamente detallado en el marco de la audiencia de debate, el juez a quo expuso los motivos por los cuales resolvió del modo señalado. Para ello, adujo que entendía que el contenido de ese escrito «[h]abía quedado sin vigencia porque, con posterioridad, o sea, desde la iniciación de la fecha de debate, el imputado ratificó la asistencia letrada del Dr. Carreño. Incluso el tribunal le facilitó las reuniones privadas entre ambos [...]. De modo tal que, a criterio del tribunal, más allá de la notificación que ordenó al Ministerio Público de la Defensa, el Dr. Carreño sigue siendo el abogado defensor» (ver registro audiovisual, audiencia 12/02/21, min. 00:02:19/00:03:55).

Cedida la palabra al letrado defensor, éste se pronunció reconociendo la existencia de desavenencias sobre la estrategia defensiva con el acusado y su familia. Al respecto, hizo hincapié en que los principales conflictos surgían porque no le podía hacer entender a Soto que él, como abogado defensor, no podía garantizarle un determinado resultado del juicio, porque al aceptar su representación legal en el proceso, él asumía una obligación de medios y no de resultados. Dijo que, por esa situación, los integrantes de la familia de Soto asumían conductas contradictorias sobre su ejercicio de la defensa y su mantenimiento en el cargo al que había sido propuesto. Esto, puesto que «[m]e dicen un día que sí, otro día que no» (00:04:30) pero, aclaró, que ello era un problema «normal».

Por último, concluyó su intervención afirmando que no tenía inconvenientes de continuar con la defensa del acusado durante los alegatos de cierre del debate, siempre que ésta fuera la voluntad de Soto (a partir de min. 00:04:07).

Acto seguido, el juez se dirigió directamente al acusado, a quien le manifestó «[s]eñor Soto, ¿entendió?, continuamos adelante con la audiencia» (00:04:58). Ello motivó una rápida respuesta de aquel, quien le expresó «[y]o tengo otro abogado [...] no me sé el nombre, se llama Francisco nomás» (00:05:01/00:05:18).

Frente a ello, el magistrado le comunicó que «[e]l tribunal no está a disposición de cuando a usted se le ocurra que va a venir su abogado defensor. A usted lo defiende el Dr. Carreño en este momento, y el Dr. Carreño está presente, y el debate tiene que continuar. El debate no juega al arbitrio suyo» (00:05:20/00:05:37).

En ese marco discursivo, el acusado insistió en su pretensión de sustituir a su abogado, expresándose ante el juez en los siguientes términos: «[d]isculpe, yo tengo otro abogado, yo quiero cambiar de abogado» (00:05:38/00:05:42), a lo que el magistrado le contestó «[e]l otro abogado acá no está presentado, ni usted lo ha informado [...] el Dr. Carreño está a cargo de la defensa, y continúa con la defensa. Ha manifestado su deseo de continuar con la defensa» (00:05:43/00:05:57).

A continuación, Soto expresó «[y]o no quiero que él siga por mi, yo tengo otro abogado» (00:06:01), recibiendo respuesta inmediata de parte del juez, quien le dijo «[b]ueno, a partir de ahora, a ver ¿quién es? tráigalo acá, tiene que aceptar el cargo ahora [...] si usted quiere sustituirlo, para que el Dr. Carreño se pueda retirar de la audiencia, tiene que venir el otro abogado defensor y hacerse cargo de inmediato de la defensa suya» (00:06:04/00:06:27). Frente a esa contestación, el acusado le preguntó al juez sobre la posibilidad que se suspenda la audiencia de debate en curso (00:06:35), pedido que fue rechazado por el juez, sustentado esa decisión en que «[u]sted cámbielo cuando quiera, pero tiene que venir el abogado antes, ahora la audiencia continúa como estamos. El Dr. Carreño, que es su asistente, y ha controlado toda la prueba, está presente y está dispuesto a ejercer sus funciones de asesor técnico porque así lo obliga la ley, y él está cumpliendo con la ley» (00:06:37/00:06:57).

Seguidamente, y por cuarta vez, el acusado reafirmó su voluntad de no ser asistido técnicamente por el Dr. Carreño, y manifestó que «[y]o no quiero que sea mi defensor, yo largué la renuncia de él antes que empezara la primera audiencia» (00:07:08). Planteo que fue evacuado por el juez en los siguientes términos: «[e]so lo va a tener que solucionar después, en debida forma, presentarse con su abogado, y que le acepte el cargo en el estado en que se encuentra. Ahora, en este momento, vamos a continuar con la audiencia» (00:07.10/00:07:23).

Finalmente, y dentro del marco de la misma audiencia en que tuvieron lugar las expresiones del juez, el acusado y su defensor sobre la cuestión bajo examen, el tribunal ordenó continuar con la etapa de producción de prueba, luego dispuso incorporar la prueba instrumental ofrecida por el Ministerio Público Fiscal en la audiencia preliminar en ambas causas y, cerrado el período probatorio, dio inicio a la etapa de los alegatos de clausura de las partes. Finalizados los mismos, y concedida la última palabra al acusado, luego de un breve cuarto intermedio, el tribunal dictó la sentencia condenatoria impugnada.

La reseña del intercambio de argumentos deja al descubierto que, durante el debate, efectivamente se vulneró el ejercicio del derecho constitucional y convencional del acusado a la libre elección de la asistencia letrada, violentándose los más elementales principios que hacen al debido proceso legal. Pues, con su decisión, el juez interviniente impidió la designación del patrocinio letrado de su confianza, imponiéndole a Soto continuar siendo asistido por un defensor en contra de su manifiesta, inequívoca y expresa voluntad.

Conforme se observa, el acusado explicó en forma clara, inequívoca y reiterada, incluso con antelación al comienzo del debate, que no quería ser asistido por el Dr. Carreño. Aún cuando no se observan manifestaciones en ese sentido durante la primera audiencia oral desarrollada en fecha 4 de febrero de

2021, como bien lo apuntó la defensora oficial en el escrito presentado al tiempo de ser notificada de la presentación realizada desde el complejo penitenciario provincial por el propio acusado e, incluso, el Procurador en su dictamen, lo cierto es que no puede soslayarse que aquella fue su expresa voluntad.

Aun cuando no supo precisar en su caso el apellido del abogado propuesto para la sustitución, ni ofrecer mayores datos que permitan su correcta individualización, lo cierto es que ello no pudo –como sucedió– determinar la actuación del sentenciante en el sentido aquí cuestionado.

Pues, en su caso, dada la contundencia de las expresiones de Soto al respecto, el juez interviniente debió suspender la audiencia que se estaba desarrollando para permitir que el acusado, o cualquier persona que tuviera con él relación de parentesco o amistad, se presentara ante el tribunal y propusiera nuevo abogado defensor de su confianza.

O, en su defecto, disponer la sustitución del defensor particular por un defensor oficial, sea que ello resulte de su expresa voluntad –como ocurrió antes que se diera comienzo al debate–, o que resultara de la falta de proposición.

Esa posibilidad no aparece cercenada, como erróneamente lo entiende el juez de la causa, por el carácter continuo en que deben desarrollarse las audiencias de debate, pues la ley procesal prevé la existencia de causales cuya existencia excepcionan aquella condición (art. 377 del CPP).

Tampoco se alcanza a advertir en base a qué fundamento el tribunal entendió que el ejercicio del derecho del acusado podía obstruir el normal desenvolvimiento del proceso, habida cuenta que se había cumplido prácticamente toda la etapa probatoria, restando únicamente la realización de los alegatos de cierre de las partes. Lo que también descarta una suerte de maniobra meramente dilatoria de parte de Soto.

Pero, además, existe un imperativo legal que obliga a la autoridad judicial que interviene en el proceso – en este caso, el juez de sentencia– a proporcionar las condiciones materiales para que el acusado detenido –caso de autos– se entreviste privadamente con su defensor.

Está claro que ello no sucedió, pues como consecuencia de la negativa del tribunal en los términos señalados precedentemente, ello vedó la posibilidad –y el derecho– a esa comunicación con otro abogado que no fuera aquel que, por estar presente en la audiencia, se le asigna formalmente el carácter de defensor de Soto, pese a su negativa.

En este contexto, a mi entender, la limitación del derecho del acusado devino irrazonable, en tanto la decisión del tribunal de la instancia anterior es arbitraria porque desconoce la amplitud de la que aquél goza para diseñar su estrategia defensiva, en consonancia con la máxima protección que ostenta el derecho de defensa en juicio.

Ello así, la resolución adoptada por el juez de la instancia previa ha frustrado el derecho que le asiste al imputado de contar no solo con un asistente técnico, sino, en particular, con la posibilidad de que dicha asistencia sea ejercida por un abogado de su propia elección, en los términos exigidos por la garantía de defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y art. 147 de la Constitución de Mendoza y en los artículos 8.2.c y 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.b y 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En definitiva, oído el señor Procurador General, conforme doctrina de máximo intérprete constitucional en cuanto ha sostenido reiteradamente que, en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de

la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (**Fallos:125:10; 127:36; 189:34; 308:1557**, entre muchos otros), entiendo que se verifican circunstancias que hacen a la acreditación de un supuesto de nulidad absoluta del debate realizado en tales condiciones, así como también, de la sentencia impugnada y de los fundamentos en los que ésta se asienta (art. 198 inc. 3 y art. 203 del CPP).

Solución propuesta que, debo aclarar, no implica asumir posición alguna sobre la culpabilidad o no de la persona acusada. Por lo que doy respuesta positiva a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el debate, la sentencia N° 1.520 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Enrique Aníbal Soto.
- 2.- Anular el debate, la sentencia N° 1.520 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de diciembre de 2021.-

45- CESPEDES CHIRINO y ots. 29-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcCCG.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto; 167, inc. 2°; y 54 CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Credibilidad del relato.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** como autor penalmente responsable los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y convalidó la sentencia 2191 y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2191, pronunciada por el TPC- 3° CJ.

Parágrafos destacados.

Del voto del Dr. Valerio - preopinante- "Bien, en relación con este matiz entre lo declarado en sede de instrucción y lo declarado en sede de debate respecto del calibre del arma y el color, entiendo que no son discordancias dirimentes en lo que hace a la materialidad de la prueba del robo calificado. Ello en tanto, el resto de su declaración ha sido consistente y coherente."

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-05706550-2/1((038601-3685)) F. C/ CESPEDES CHIRINO, GABRIEL NICOLÁS Y CORTEZ ACOSTA, RICARDO FEDERICO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE DE NINGÚN MODO TENERSE POR ACREDITADA (3685/20) (3685) (4716/20) (4716) (2857/20) (2857) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105891196*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-05706550-2/1, caratulada “F. C/ CÉSPEDES CHIRINO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica de Gabriel Nicolás Céspedes Chirino interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 2191 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor penalmente responsable los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada – causa P-3685/20– y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada –causa P-4716/20– (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; 54 y 166, inc. 2, apartado 3°, 167, 54, 166, inc. 2, ap. 3°, 12, 29 inc. 3, todos del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria en el marco de los **autos P-3.685/20**, que «el día 12 de enero de 2020, siendo aproximadamente las 19 o 20 hs. en calle Cremaschi y Carril Chimbass, del Distrito de Chapanay, departamento de San Martín, Mendoza, teniendo como víctima a Marcos Valentín Puebla, a quien le sustrajeron un celular marca Samsung, un par de zapatillas marca Adidas y 120 pesos, siendo la dinámica del hecho la siguiente: Puebla caminaba por la calle pública, fue interceptado por dos personas que se desplazaban en un vehículo Audi A4, estas dos personas se bajaron del vehículo y, mientras uno de los agresores le apuntaba con un arma al pecho, el otro le sacaba las zapatillas. En un momento dado, quien le apuntaba con el arma, le dio un cachazo en la parte de atrás de la cabeza produciéndole lesiones» (véase registro audiovisual de los fundamentos de la sentencia, min. 03:00).

Por su parte, en el marco de los autos P-4.716/20 tuvo por acreditado que «el día 12 de enero de 2020, aproximadamente a las 18.30 hs., en el domicilio ubicado en Costa Canal Montecasero, Km. 55, Alto Salvador, San Martín, Mendoza, la víctima fue Nancy Elvira Sosa y se le sustrajo un celular marca Samsung, modelo 12. Cuando ella se encontraba sentada en su casa, pasa un auto conducido por el Sr. Céspedes, se detuvo y la persona que se encontraba en el asiento trasero le consultó si vendía cigarrillos, a lo que ella contestó que sí. Mientras ingresaba al kiosko, el auto hizo una U, y un tercer sujeto que se encontraba en el asiento del acompañante del auto exhibió un arma de fuego y le pidió el celular amenazándola con matarla» (véase min. 19:00).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró la declaración brindada por Martín Puebla y Nancy Elvira Sosa, los descargos de los acusados, el resultado del reconocimiento en rueda de personas y el secuestro de la res furtiva, así como los informes físicos que verifican las lesiones sufridas por la víctima.

Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Gabriel Céspedes critica el razonamiento del tribunal de juicio en el marco de los autos P-3.685/50 en lo que hace a la valoración del testimonio de la víctima.

El recurrente se agravia en que éste ha sido el único elemento probatorio directo sobre la existencia del arma no habida que califica el hecho.

Según su visión de los hechos, los autores –quienes reconocieron su intervención en el robo– no habrían utilizado arma alguna.

En esta línea, sostiene que el golpe sufrido por la víctima no habría sido ejecutado con las cachas de un arma de fuego, sino con los puños.

Agrega como argumento el resultado del informe practicado por el Cuerpo Médico Forense sobre la herida sufrida por Marcos Puebla, la cual sería decisiva en orden a la duda sobre el objeto con el que se agredió a la víctima.

Finalmente, la defensa pone de relieve que Marcos Puebla al declarar incurrió en una serie de contradicciones que harían disminuir la credibilidad de su relato.

Asimismo, sería impreciso respecto de las características del arma con que fue amenazado.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 5/6). Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

En concreto, advierte que el recurso se enfoca en descalificar la versión de la víctima, en tanto principal elemento tenido en cuenta por el juez para alcanzar el grado de convicción necesario para sentenciar.

En esta línea, estima que la defensa pone de relieve contradicciones en su relato que, a entender del titular del Ministerio Público Fiscal, fueron correctamente despejadas por el tribunal de juicio y, por ende, no harían mella en la materialidad del hecho que se ha tenido por probada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

La defensa busca poner en crisis el razonamiento del tribunal de juicio en relación con la existencia del arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, que califica el robo en el marco de los autos P-3.685/20. La autoría del robo fue reconocida por ambos acusados al momento de formular su descargo, pero negaron valerse de un arma de fuego para ejecutarlo.

Con este objetivo, ataca el testimonio de Marcos Puebla. Primero lo hace de manera general, cuestionando la solidez de su declaración y poniendo de relieve contradicciones en su relato y, después, lo hace de manera concreta en relación con la existencia del arma de fuego que habría sido utilizada en el hecho.

La defensa, así, advierte en primer lugar que el testimonio de la víctima en sede de debate se encontraría atravesado por una serie de contradicciones relativas a la descripción de los acusados, sus vestimentas, el auto en que se desplazaban y el lugar en el que recibió el golpe con las cachas del arma de fuego.

No obstante, estas menciones son genéricas, permaneciendo en un plano de abstracción que no permiten su consideración puntual.

En efecto, el recurrente se limita a su enumeración sin explicar en qué consistirían las contradicciones de la víctima o cómo estas harían mella en la lógica del razonamiento del juez sentenciante. Sencillamente la defensa expresa que más allá de que estas contradicciones sean o no nucleares, debieron ser «luces amarillas» que le impusieran al tribunal mayor recaudo al aproximarse al análisis de este testimonio.

Dicho lo anterior, estimo que el cuestionamiento general de la declaración de Marcos Puebla debe ser desestimado. Por un lado, por no concretarse en las constancias de la causa y en la prueba producida en sede de debate. Por otro lado, y más allá de ello, debe decirse que el juez analizó minuciosamente cada uno de los elementos de cargo y de descargo a la luz de las teorías del caso postuladas por las partes.

Corresponde ahora analizar el testimonio de Marcos Puebla en concreto respecto de la existencia de un arma de fuego con la que fue amedrentado y golpeado. La defensa se vale, en este segundo tramo de su argumentación, de dos razones que la llevan a convencerse de que debe aplicarse el principio in dubio pro reo respecto de la agravante del art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, así como respecto de la previsión del art. 166, inc. 2, apartado tercero, y, en consecuencia, condenar por la figura básica.

La primera de ellas es que Marcos Puebla fue impreciso al momento de describir el arma de fuego con la que fue agredido. Ello en tanto, inicialmente habría visto un revolver pequeño calibre 22 y de color negro y, en un segundo momento, en la audiencia de debate, habría descripto un revolver plateado y de calibre 38.

Bien, en relación con este matiz entre lo declarado en sede de instrucción y lo declarado en sede de debate respecto del calibre del arma y el color, entiendo que no son discordancias dirimientes en lo que hace a la materialidad de la prueba del robo calificado. Ello en tanto, el resto de su declaración ha sido consistente y coherente. Por otra parte, el robo se encuentra corroborado por elementos objetivos diversos –tales

como el secuestro de la res furtiva, el reconocimiento en rueda de personas positivo, la confesión de los acusados respecto de la sustracción de las pertenencias y la existencia de una lesión producto de un golpe con un objeto contuso– (véase en detalle, registro audiovisual, min. 03:00).

En el min. 5:30 del registro audiovisual de los fundamentos el juez resaltó que el testimonio de la víctima se mantuvo respecto de la existencia del revólver y del culatazo en la cabeza en las distintas instancias del proceso.

El juez individualizó las instancias en las que la víctima hizo referencia a estas circunstancias, a saber: fs. 1, 5 vta., 34, al ampliar su declaración; al momento de practicar el reconocimiento en rueda de personas; en el careo mantenido con Nicolás Céspedes y, finalmente, en sede de debate. Asimismo, el juez descartó cualquier indicio de ganancialidad en el relato de la víctima, que permitan sospechar de la veracidad de sus expresiones (min. 07:30).

La defensa, a su vez, y como segunda razón, sostiene que el golpe recibido en la cabeza no fue producto de un cachazo, sino que habría sido ejecutado por uno de los autores con sus puños. A partir de allí, el recurrente intenta invalidar un indicio que es utilizado por el tribunal de juicio para apuntalar el testimonio de la víctima relativo a la utilización de un arma de fuego para la ejecución del robo.

Sin embargo, esta idea tampoco puede ser refrendada. Ello en tanto, del informe practicado por el Cuerpo Médico Forense surge que Marcos Puebla tenía un golpe en la parte posterior de la cabeza y que podría (la cursiva me pertenece) haber sido causado por un cuchillo, el mango de un elemento contuso o un golpe de puño (min. 08:00). Por lo cual, la versión brindada por la defensa con base en el descargo del acusado, no alcanza para hacer decaer la teoría del caso de la acusación validada por el tribunal de juicio.

En efecto, la víctima fue categórica al afirmar que fue amenazada con un arma de fuego para que entregara sus pertenencias y que en el devenir del hecho fue golpeada desde atrás en la cabeza. Como dije, la versión de los hechos que se apoya en el testimonio de Marcos Puebla no se ha visto conmovida por pruebas de descargo que la pongan en crisis y, a su vez, se encuentra verificada por las lesiones sufridas constatadas por los informes de fs. 220, 249 y 257.

De lo anterior se deriva lógicamente, por último, que no corresponde modificar la calificación del hecho y condenar por robo simple, ello en tanto se encuentra debidamente probado que los acusados utilizaron un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudo tener de ningún modo por acreditada y que con ella golpearon a la víctima.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de validez formal de la sentencia, como en el plano de la interpretación de los hechos y de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gabriel Nicolás Céspedes Chirino y convalidar la sentencia condenatoria N° 2.191 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

46- BARBOSA VARELA. 29-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	P1° A	-	CI CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211229_FcBVH.pdf

Lex: Art. 167, inc. 2°, 54, 166, inc. 2, 3° párrafo, 289 inc. 3°, 55 y 45 del CP.

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Concurso ideal. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo acreditada. Participación primaria. Convergencia intencional. Pacto de injusto. Teoría de bienes escasos. Accesoriedad limitada. Concurso real. Alteración de dominio. Autoría.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión**, por considerarlo partícipe necesario del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo acreditada (arts. 167, inc. 2, 54, 166, inc. 2, tercer párrafo y 45 CP); en concurso real con el delito de alteración de dominio en calidad de autor (art. 289 inc. 3, 55 y 45 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1549, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Parágrafos destacados.

“Respecto a la **convergencia intencional** negada por la defensa, cabe decir que modernamente este requisito –llamado por alguna **doctrina «pacto de injusto»**– no es exigido para configurar una participación punible: basta con el carácter prohibido del aporte en el plano objetivo y su carácter doloso en el plano subjetivo (todo ello en el marco del paradigma mayoritario de la accesoriedad limitada). Ahora, si bien es cierto que recientemente se ha postulado que basta con compartir el lado objetivo del hecho en tanto división del trabajo, soy de la opinión de que es necesario, además, verificar la convergencia intencional en tanto concurrencia coincidente de voluntades hacia un mismo hecho. Esta unidad de voluntad hacia el delito ha sido justificada como una derivación del principio de accesoriedad de la participación e implica una ayuda recíproca o unilateral, pero dirigida a la realización de una meta que es común para todas las partes intervinientes. Asimismo, ha sido uno de los argumentos utilizados para descartar la coautoría en los delitos culposos. “(Del voto del Dr. Adaro -preopinante)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(C.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-05706555-3/1((018601-17393)) FC/BARBOSA VARELA HUGO GABRIEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN SENTIDO IMPROPIO Y ROBO AGRAVADO POR EL SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA, TODO EN CONCURSO IDEAL EN CALIDAD DE PARTÍCIPE PRIMARIO (17393/19) (17393) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105891203*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05706555-3/1 caratulada “F. C/ BARBOSA VARELA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**; segundo, **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero, **DR. PEDRO J. LLORENTE**.

La defensa técnica de Hugo Gabriel Barbosa Varela interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 1549 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción judicial condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión, por considerarlo partícipe necesario del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo acreditada (arts. 167, inc. 2, 54, 166, inc. 2, tercer párrafo y 45 CP); en concurso real con el delito de alteración de dominio en calidad de autor (art. 289 inc. 3, 55 y 45 CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «para fecha 1 de marzo de 2019 a las 23.30 horas aproximadamente, en calle Salta N° 1191 de Ciudad de Mendoza, lugar donde funciona el Hostel Windmill, se hicieron presentes cinco sujetos que se trasladaban en un automóvil Renault Sandero de color bordó, con chapa de dominio colocada IXF-943, la cual no correspondía al dominio de dicho auto. Cuatro de ellos descendieron del vehículo y se dirigieron hacia el Hostel, mientras que el conductor identificado como Hugo Gabriel Barbosa Varela se quedó en el rodado, esperando a sus compañeros. Uno de estos últimos, que vestía remera blanca, gorra blanca, bermuda de jeans y llevaba en su poder un arma de fuego, se colocó junto a la puerta del Hostel e hizo señas al resto de los sujetos para que ingresaran al lugar. Seguidamente los tres sujetos restantes no identificados empuñando armas de fuego ingresaron a la fuerza al Hostel Windmill, empujando la segunda puerta de ingreso redujeron en el piso del hall boca abajo a los huéspedes, ataron con un cable las muñecas del encargado y exigieron dinero».

«Uno de los sujetos se quedó en la recepción del lugar, mientras los otros revisaban las habitaciones del Hostel y desposeían de sus pertenencias a los huéspedes logrando sustraer un teléfono celular marca Motorola X Play, color negro línea N°156635992 de la compañía Claro, un celular Samsung Galaxy A3, color blanco sin protector, pantalla con una pequeña trizadura, sim card de empresa Claro; un celular

marca Samsung Galaxy, color dorado con carcasa negra, con vidrio templado, línea N°261-3257903 de Compañía Personal; un celular marca Iphone color blanco en su parte delantera y dorado en la parte trasera con un cobertor de color rosado con brillos de la empresa ID, con número 07523005653 y un Ipod color rosa marca Apple».

«Luego, uno de los sujetos que vestía zapatillas Adidas color blancas le exigió al encargado del lugar que le dijera dónde estaba la plata, mientras que le apuntaba a la cabeza con un arma de fuego y le efectuó dos golpes en la cabeza con la culata de la misma. Finalmente, los cuatro sujetos lograron darse a la fuga, quedando una de las armas utilizadas en el lugar, siendo ésta un arma de fuego tipo revólver marca Ceбра, calibre 32 Especial Largo N° 95008, el cual contenía dos municiones “32”, elemento el cual fue secuestrado y examinado por personal de Policía Científica, quien informó que dicha arma de fuego es apta para el disparo».

Para así decidir, el juez de la instancia anterior valoró las declaraciones testimoniales de Rubén Darío Gómez, Julieta Pesci, Santiago Agüero, Gabriel Vidal, Oscar Rojas Campos y Jesús Cornejo, así como el descargo del acusado. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recursos de casación

La defensa sostiene como primer motivo de casación la existencia de un vicio in iudicando, en tanto se habría condenado al acusado como partícipe primario en el delito de robo, sin haberse acreditado la convergencia intencional que constituye la esencia de la participación.

Subsidiariamente, solicita se modifique el grado de intervención en el delito de participación necesaria a participación secundaria o complicidad.

Argumenta que el aporte de Barbosa no tenía demasiada importancia y, por ende, los autores podrían igualmente haber cometido el delito.

Finalmente, sostiene como segundo motivo de agravio un vicio in procedendo al no haberse valorado las pruebas –en general– conforme las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común. Transcribe los arts. 206 y 416 inc. 4 CPP y cita doctrina.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 6/8).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que la participación necesaria del acusado en el delito se encuentra debidamente fundada.

Objeta la visión del recurrente y cita indicios y pruebas que dan cuenta tanto de la convergencia intencional como de la importancia del aporte. En particular, hace referencia a la declaración de Santiago Agüero y la específica dinámica del hecho.

Finalmente, puntualiza que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

Agrega que la defensa persiste en su estrategia original, basada en el descargo del acusado postulando una revisión ex novo de todo lo ventilado en el debate.

Por lo expuesto, considera que el recurso interpuesto no resulta procedente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos a formular, entiendo que corresponde su rechazo y, en consecuencia, la convalidación de la sentencia condenatoria.

Respecto de los agravios en el nivel de la aplicación del derecho, la defensa sigue una estrategia argumentativa que rechaza la participación necesaria de su defendido en el hecho con base en la prueba producida en sede de debate y, subsidiariamente, solicita se modifique la calificación del grado de intervención a participación secundaria o complicidad.

Todo ello únicamente respecto del delito de robo, ello en tanto, Barbosa también fue condenado por alteración de dominio, pero en calidad de autor.

Después de valorar las pruebas producidas, el juez de la instancia anterior concluyó que se encontraba probado, con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, tanto la existencia del robo, como la intervención del acusado en grado de partícipe necesario.

Para ello analizó la dinámica del hecho y la aportación del acusado en relación con las aportaciones del resto de los intervinientes.

Así, expresó que la materialidad del hecho no fue objeto de controversia entre las partes, en tanto los testigos fueron categóricos respecto del ingreso de tres personas no identificadas empuñando armas al Hostel Windmill, la permanencia de una cuarta persona en la recepción y la desposesión violenta de los huéspedes que se estaban alojando en el establecimiento. Los cinco sujetos llegaron al hostel en un automóvil Renault Sandero conducido por Barbosa, quien permaneció en el rodado mientras se desarrollaba el hecho.

En primer término, la defensa pone en duda la acreditación de la convergencia intencional que a su entender constituiría la esencia de la participación.

Esta toma de postura se basa casi por completo en la versión brindada por Barbosa al momento de formular su descargo, según la cual ignoraba que las cuatro personas que trasladaba tenían como propósito asaltar el hostel.

Bien, en contra de esta formulación se pueden brindar razones de hecho y de derecho, las cuales no escaparon al razonamiento del juez de la instancia anterior.

Respecto de las primeras, vale decir que es completamente inverosímil pensar que el conductor de un vehículo que circulaba con una chapa colocada que no correspondía con el dominio de dicho automóvil ignorase que las cuatro personas que trasladaba se dirigían a cometer un robo.

Por un lado, porque la patente falsa que sustituía a la original no puede sino valorarse como una preparación del vehículo para la comisión del delito.

Por otro lado, porque surge claro de la declaración testimonial de Agüero, que uno de los asaltantes extrajo un arma de fuego de entre sus ropas en el momento inmediato en el que descendía del automóvil.

Así, no caben dudas del rol desempeñado por Barbosa en la empresa delictiva: acondicionar el coche para trasladar a los ejecutores del asalto, esperarlos y emprender la huida para procurar la impunidad.

Pero la prueba no sólo es contundente respecto del rol que le cabía al acusado en la empresa delictiva desarrollada en división de tareas, sino también respecto de conocimiento de la adaptación objetiva que llevaba a cabo. Vale decir que fue detenido por el personal policial mientras esperaba que los asaltantes no identificados salieran del hostel con la res furtiva.

Por su parte, la discrepancia con la ponderación del descargo del acusado —en el que la defensa sustenta su visión de los hechos— ha sido debidamente desvirtuada por el juez de la instancia anterior en tanto **no aparecía como una alternativa racional a la hipótesis acusatoria**.

Así, expresó que [La] declaración [...] se contrapone al sentido común o la lógica vulgar. Tendría que pensarse que accedió a llevar sin ningún tipo de preguntas a un amigo y dos desconocidos a un lugar solo a requerimiento del primero.

Sin formular ningún tipo de cuestionamiento se quedó convenientemente cerca del lugar donde estos sujetos —sin su conocimiento— perpetraban un violento robo. Por otra parte, dice no saber nada del robo, ni de la portación de armas de las personas que trasladó, cuando la versión de un tercero que no tiene ningún vínculo con él —el testigo Agüero— dijo que vio como uno de los sujetos bajó del vehículo munido de un arma de fuego» (p. 8, véase expte. digital).

A ello, el juez agregó: «Visto desde la perspectiva de los autores del hecho, ese plan también es abiertamente absurdo. Llevar una persona engañada para que los traslade, a riesgo de que se vaya y los obligue a huir de pie, o tener que enfrentarse con personal policial, o con la gente del hotel, o frente a un tercero que pudiera frustrar el robo» (p. 8, véase expte. digital).

Dicho esto, la prueba obrante en la causa es categórica respecto de la adaptación dolosa de Barbosa al robo. Respecto a la **convergencia intencional** negada por la defensa, cabe decir que modernamente este requisito —llamado por alguna **doctrina «pacto de injusto»**— no es exigido para configurar una participación punible: basta con el carácter prohibido del aporte en el plano objetivo y su carácter doloso en el plano subjetivo (todo ello en el marco del paradigma mayoritario de la **accesoriedad limitada**).

Ahora, si bien es cierto que recientemente se ha postulado que basta con compartir el lado objetivo del hecho en tanto división del trabajo, soy de la opinión de que es necesario, además, verificar la convergencia intencional en tanto concurrencia coincidente de voluntades hacia un mismo hecho.

Esta unidad de voluntad hacia el delito ha sido justificada como una derivación del principio de accesoriedad de la participación e implica una ayuda recíproca o unilateral, pero dirigida a la realización de una meta que es común para todas las partes intervinientes. Asimismo, ha sido uno de los argumentos utilizados para descartar la coautoría en los delitos culposos.

Esto último, ha sido debidamente acreditado en el caso de autos, pues no es verosímil pensar que quien conduce un automóvil con una chapa patente que no corresponde con el dominio del rodado trasladando a un grupo de personas armadas —que se bajan del mismo exhibiéndolas— y las espera estacionado en las inmediaciones, pueda ser subjetivamente ajeno al plan del hecho.

Por otro lado, descartado el carácter neutral o un error en el comportamiento del acusado y confirmada su intervención en el delito, resta responder el agravio relativo al grado participación.

El juez condenó por participación primaria y la defensa solicita subsidiariamente se condene por participación secundaria. Respecto de esta segunda cuestión, corresponde también validar el razonamiento del tribunal de juicio.

Después de realizar una panorámica de las aproximaciones realizadas por la manualística clásica a la problemática de la distinción entre participación primaria y secundaria, el juez se inclina por la teoría de los bienes escasos.

En el marco de esta concepción, el juez sentenciante citó a Gimbernat, quien postulaba que si un interviniente aporta con un bien escaso al hecho del autor será partícipe necesario, mientras si su aporte consiste en un bien abundante debe ser reputado como mero cómplice.

En este orden de ideas, el tribunal de juicio consideró que el trasladar a los ejecutores del robo y esperarlos para emprender la huida en un automóvil con una chapa patente que no se correspondía con el dominio del vehículo constituyó una aportación que de ser retirada habría podido desbaratar el plan delictivo.

De allí, el juez sentenciante derivó la escasez que subyace a la esencialidad requerida por la figura del art. 45 CP.

Más allá de la crítica que pueda oponerse a este aparato teórico, entiendo que en el caso concreto su rendimiento es considerable y las conclusiones derivadas de su asunción son válidas en tanto resultado de un juicio que contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta las particularidades de la empresa delictiva.

A la inversa, corresponde descartar el razonamiento defensivo en función del cual la intervención policial daría cuenta de que, en verdad, el aporte no era esencial, en cuanto los asaltantes consiguieron igualmente huir, aun cuando no contaban con el automóvil conducido por Barbosa.

Esta supresión mental hipotética realiza un análisis ex post de la contribución, cuando la teoría de los bienes escasos postula que cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto.

En efecto, el análisis de la escasez del aporte debe ser realizado con una mirada prospectiva, es decir, ex ante, a los efectos de considerar su potencial para reforzar la motivación a la comisión del delito –contar con un vehículo para la fuga con la res furtiva implica un refuerzo motivacional– así como para conseguir el éxito de la empresa delictiva –es difícil pensar que cuatro personas armadas podrían haberse trasladado en transporte público, caminando o hallar fácilmente un automóvil con la chapa sustituida–.

En suma, la teoría de los bienes escasos aplicada al caso concreto permite fundamentar correctamente la imputación a título de participación primaria.

Finalmente, respecto a los agravios articulados bajo el acápite d.- titulado «vicios in procedendo», cabe decir que el recurrente se limita a transcribir lo dispuesto por los arts. 206 y 416 inc. 4 CPP y realizar citas a doctrina para concluir que los fundamentos de la sentencia son contrarios a las leyes de la lógica y la experiencia común.

Así, en tanto no se realiza ninguna crítica concreta a la valoración de la prueba que permita analizar el agravio a la luz de problemas puntuales, este no puede prosperar.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimido por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos, como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Hugo Gabriel Barbosa Varela y convalidar la sentencia condenatoria N° 1549 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo VI.

Delitos contra la propiedad.

Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

1- AGUERO ALVINO. 30-03-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594>

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP.

Vox: Usurpación. Despojó por abuso de confianza. Titularidad. Posesión. Tenencia. Interversión de título. Bien jurídico protegido. Nulidad.

Summa:

El **JPC** condenó a la señalada a la pena de **trece meses de prisión** de cumplimiento condicional por resultar autora penalmente responsable del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación en los términos del Art. 474 Inc 1° y 2° por entender que la sentencia exhibe una fundamentación ilógica y contradictoria que constituye a su criterio, un supuesto de fundamentación aparente.

El **Procurador General** entiende que debe anularse la sentencia atacada por vía del recurso de casación interpuesto, toda vez que la misma exhibe una fundamentación contradictoria, arbitraria e ilógica.

La **SCJM** resolvió anular la sentencia N° 3866 de fs. 419 y vta. y sus fundamentos orales, en consecuencia, remitir los obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3866, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros.
- CSJN fallos: 328:3399.

Parágrafos destacados

«[...] **la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia** [...] Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(N.C.)

Fallo

CUIJ: 13-04957090-7/1((018502-93975)) FC/ A. A. B. M. P/ USURPACION DE INMUEBLE (93975) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105126619*

En Mendoza, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04957090-7/1 caratulada “**F. C/ A. A., B. M. P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de B. M. A. A. interpone recurso de casación (fs. 422/434) contra la sentencia N° 3866 que condenó a aquélla a la pena de trece meses de prisión en forma condicional por resultar autora penalmente responsable del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del CP); fallo pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de anterior instancia consideró probado que desde el 18 de agosto de 2013, sin poder precisar la hora exacta, hasta al menos el día 9 de septiembre de 2014, B. M. A. A. despojó por abuso de confianza el inmueble sito en calle, Pasaje, casa N° 2, Barrio, al propietario del mismo O. A. M., al mantenerse en el lugar pese a los formales reclamos del dueño del lugar.

Para así decidir valoró las declaraciones testimoniales de O. A. M., de A. N, de L. A., así como la declaración de la acusada y demás prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula con sustento en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia exhibe una fundamentación ilógica, contradictoria que constituye a su criterio, un supuesto de fundamentación aparente.

En relación a los agravios vinculados a la valoración de la prueba sostiene que la jueza de anterior instancia ha considerado que el bien jurídico tutelado por la norma penal infringida es el derecho de propiedad.

De tal manera señala que la a quo valoró la prueba en función de quién demostró mejor derecho, concluyó que el **titular registral era el denunciante** y, en base a ello, condenó a B. A. A..

Asimismo, indica que la a quo **omitió valorar la condición de poseedora de la denunciada**, circunstancia que quedó acreditada con los testimonios rendidos en juicio oral que dan cuenta de los actos posesorios por parte de la imputada.

De igual manera estima que la juzgadora valoró incorrectamente la prueba instrumental –tales como comprobantes de instalación de gas natural y tendido eléctrico y boletas de pagos–.

En particular hace referencia al expediente civil –autos N° 252.483– ofrecido A.E.V., donde se reconoce a la imputada como poseedora del inmueble objeto de esta causa, y que acreditaría que **no intervirtió el título**, como sostiene el fallo atacado.

En este sentido considera que no se configura el despojo dado que la imputada se mantuvo en la propiedad en calidad de poseedora desde que ingresó al inmueble en el año 2005, y se mantuvo en la misma condición luego de la intimación a desocupar de agosto de 2013 y hasta la actualidad, por lo que entiende que en el proceso quedó acreditado que la **posesión de la encartada fue pacífica, pública e ininterrumpida**.

La defensa destaca que la magistrada de anterior instancia valoró arbitrariamente la prueba referente al supuesto despojo, y en esa dirección destaca el error de la magistrada al pretender que la denunciada muestre mejor derecho mediante un instrumento público de tal compra, que la coloque en calidad de condómina, a fin de no ser condenada.

Finalmente, la defensa se agravia pues entiende que es contradictoria la motivación en relación al elemento subjetivo del tipo penal atribuido.

En este sentido expresa que la jueza consideró que la imputada actuó con error y, sin embargo, dictó una sentencia condenatoria por la conducta dolosa deliberada de la imputada.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs.458/459 vta. el Procurador contesta la vista de ley conferida y ofrece las razones por las cuales entiende que debe anularse la sentencia atacada por vía del recurso de casación interpuesto, toda vez que la misma exhibe una fundamentación contradictoria, arbitraria e ilógica.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa de la acusada debe prosperar. Paso a explicarlo.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo de agravio que más convenga a la solución del caso.

Ello, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (**L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros**).

Es por esta razón que centraré el análisis de la presente causa en aquel punto de agravio en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, por prosperar, conduce a la anulación de la resolución, en tanto revela una fundamentación deficiente y contradictoria.

En este sentido, conforme surge del registro audiovisual del debate y de los fundamentos orales, encuentro que la jueza limitó su función jurisdiccional al relevamiento de las constancias de la causa,

haciendo referencia a la requisitoria de elevación a juicio; efectuó una serie de consideraciones en orden a la denuncia formulada por O. M.; referenció la declaración testimonial de A. I. y, finalmente, la declaración de B. A. A..

Asimismo entendió garantizado el derecho de defensa de la imputada luego de relevar las distintas ocurrencias y recursos interpuestos a favor de la acusada, –que a criterio de la sentenciante constituyeron maniobras dilatorias– (ver registros audiovisuales de la audiencia celebrada el día 05/09/2019).

Luego de lo cual, la jueza de sentencia incurrió en una serie de apreciaciones erróneas relativas al bien jurídico tutelado por el art. 181 del CP y, sostuvo que dicha norma sustantiva tiene por fin la protección de la propiedad y expresó que su labor jurisdiccional se ceñía a resolver «quién tiene el mejor derecho, pero no cualquier derecho, sino el que prueba mejor el derecho real de propiedad, posesión, tenencia o cuasi posesión» y a partir de esa premisa inexacta incurrió en una valoración arbitraria del plexo probatorio.

Los párrafos que anteceden y que han sido destacados por la defensora en su escrito casatorio, evidencian el agravio expuesto y me permiten afirmar que el decisorio resulta desprovisto de la debida fundamentación tanto en los hechos como en el derecho aplicado al caso concreto.

Es que la jueza explicó que la imputada por error o por otra circunstancia no probada se consideró dueña e inmediatamente concluyó que la conducta de la acusada es dolosa porque deliberadamente despojó de la propiedad y posesión a la víctima de un bien inmueble en violación del bien jurídico tutelado que es la propiedad (ver registro audiovisual del día 05/09/2019).

Así las cosas, la jueza sostuvo dos extremos contradictorios al considerar que la acusada actuó por error al considerarse dueña del inmueble, al que ingresó pacíficamente y como pareja del ahora denunciante y que producto de ese error pensó que había contribuido a pagar la hipoteca con el producido de su trabajo.

Que la confusión la llevó a mantenerse ilegalmente desde el primer requerimiento efectuado por el denunciante por lo que la jueza entendió que la conducta de A. A., resultó dolosa al desojar deliberadamente de la propiedad y posesión de la víctima de un bien inmueble en violación del bien jurídico tutelado que es la propiedad. (sic)

Estas consideraciones me permiten compartir el dictamen del señor Procurador cuando afirma que la jueza considera que la imputada por error o confusión entiende que por haber sido ex pareja del denunciante, entendió que había aportado para la compra del bien en cuestión, y destacó que esa confusión la llevó a mantenerse ilegalmente en la propiedad.

Sin embargo, considera que la acusada actuó con dolo –no obstante el error que destaca– y encuadró su conducta en las previsiones del art. 181 inc. 1 del CP.

Por ello entiendo que la sentencia no cumple en el caso concreto con las pautas de interpretación y valoración del plexo probatorio, resultando palmaria la violación de los principios lógicos de razón suficiente, por lo que corresponde declarar la nulidad de la sentencia.

En este sentido, nuestro cimero tribunal ha sostenido que «[...] **la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia** [...] Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la

ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» **(CSJN fallos: 328:3399)**.

Lo expresado precedentemente pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416, inc. 4, del CPP, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo atacado.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y anular la sentencia de fs. 419 y vta., en consecuencia, remitir los obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 422/434 y anular la sentencia N° 3866 de fs. 419 y vta. y sus fundamentos orales, en consecuencia, remitir los obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

2.- Imponer las costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

2- VIDAL. 29-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M	-	-	PCC	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210429_FyQcVidal.pdf

Lex: Art. 172 y 42 del CP.

Vox: Estafa. Tentativa. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado como autor responsable del delito de estafa en grado de tentativa (arts. 172 y 42 del CP) a la pena de **un año de prisión** en forma de ejecución condicional.

La **defensa** interpone recurso contra la Sentencia cuestionando la valoración probatoria y su fundamentación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 988, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Garay. Dra. Miquel

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-05036952-2/1((018601-100791)) FISCAL, QUERELLANTE Y ACTOR CIVIL C/ VIDAL ANGEL P/ ESTAFA PROCESAL (100791) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105202774*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05036952-2/1 caratulada "F. c/ VIDAL ÁNGEL P/ ESTAFA PROCESAL (100791) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. DALMIRO F. GARAY CUELI y tercero DR. SILVINA MIQUEL.

La defensa de Ángel Ramón Vidal interpone recurso de casación a fs. 971/981 vta. contra la sentencia N° 988 de fs. 962/969 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado, por la que se lo condenó como autor responsable del delito de estafa en grado de tentativa (arts. 172 y 42 del CP) a la pena de un año de prisión en forma de ejecución condicional.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia ha tenido por acreditado el hecho expuesto en la requisitoria fiscal de fs. 757/771 vta. según el cual «Ángel Ramón Vidal, presidente de la Cooperativa de Vivienda "Valle de Pedriel", en fecha 9 de marzo de 2010, en horario no determinado inició una demanda en contra del Sr. Luis Sabina por ante el 1° Tribunal de Gestión Asociada en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, ubicado en el Palacio de Justicia, sito en calle Virgen del Carmen y Patricias Mendocinas s/n, Barrio Cívico, de Ciudad, Mendoza; motivando que en fecha 28 de octubre de 2011, la Dra. Graciela Beatriz Simón, Juez[a] a cargo del mencionado Tribunal, condenara al demandado Luis Alberto Sabina en los autos N° 4629, originarios del Tribunal, a que procediera a otorgar la escritura traslativa de dominio correspondiente al inmueble inscripto N° 3108-fs. 467/468 del tomo 44 "D" de Luján de Cuyo. Que para realizar [esa resolución] [la] Juez[a] tuvo en cuenta la pericia contable obrante a fs. 267/271 (autos 4629) y las observaciones realizadas a la misma obrante a fs. 530/532 (autos 4629), efectuada por el perito contador Bernardo Wajchman, a quien se le encargó realizara en esos autos una pericia contable, exhibiéndosele un total de 252 contratos de venta suscriptos entre la Cooperativa del Valle de Pedriel y sus asociados, contratos que le habían sido proporcionados por personal de la Cooperativa mencionada, resultando que de los mismos se ha podido establecer que 14 de esos contratos aportados resultaron ser apócrifos, toda vez que los contratos dubitados se encuentran a nombre de: 1- Fernández, María Laura, D.N.I. 24.206.308, glosado a fs. 339 de esos autos figura por un monto de \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$17.000. 2- Que respecto de Gil María Belén, D.N.I. 30.212.668 en el expediente civil (fs. 353) figura por el monto \$12.112 y del contrato original secuestrado en autos

figura por el valor de \$15.000. 3- Que el contrato de Rodrigo Gil Sarda, D.N.I. 23.942.924 en el expediente civil (fs. 356) figura por el valor de \$10.000 y en el contrato hallado en caja de seguridad por el valor de \$15.000. 4- Que respecto de la Sra. Valeria Edith Hueravilo, D.N.I. 29.588.523 en el expediente civil (fs. 371) figura por el monto \$11.645 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 5- Que respecto del Sr. Nicolás Alejandro Kowenski, D.N.I. 30.699.901 en el expediente civil (fs. 382) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 6- Que respecto del Sr. Juan Alberto La rosa, D.N.I. 31.546.407 en el expediente civil (fs. 392) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 7- Que respecto del Sr. Matías David López, D.N.I. 33.166.873 en el expediente civil (fs. 393) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 8- Que respecto de la Sra. Sandra Irene Ortiz, D.N.I. 18.190.849 en el expediente civil (fs. 439) figura por el monto \$10.700 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 9- Que respecto del Sr. Gerardo Román Tapia, D.N.I. 27.842.009 en el expediente civil (fs. 500) figura por el monto \$11.350 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$17.650. 10- Que respecto del Sr. Daniel Alejandro Mioni, D.N.I. 17.119.793 en el expediente civil (fs. 416) figura por el monto \$10.868 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$16.300. 11- Que respecto del Sr. Alberto David Ruiz, D.N.I. 28.559.954 en el expediente civil (fs. 457) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 12-Que respecto del Sr. Rolando César Ormeño, D.N.I. 21.778.416 en el expediente civil (fs. 440) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$19.000. 13- Que respecto del Sr. Sergio Ariel González, D.N.I. 25.327.193 en el expediente civil (fs. 362) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. 14- Que respecto del Sr. Sergio Villaroel, D.N.I. 31.273.906 en el expediente civil (fs. 517) figura por el monto \$10.000 y del contrato original secuestrado en autos figura por el valor de \$15.000. Que de los contratos mencionados las firmas de los Sres. Gerardo Ramón Tapia, Matías David López, María Belén Gil, Juan Alberto Larosa, Daniel Mioni, Sergio González, Sergio Damián Villoroel, Valeria Hueravillo a fs. 178, 217, 239, 241, 242, 249, 243, 248, 247, y 255 respectivamente, no se corresponde al de puño y letra de los mismos, resultando que dichos **documentos son apócrifos**».

En consecuencia, condenó Vidal Minatti por el delito de estafa en grado de tentativa.

Para así resolver tuvo en consideración las declaraciones testimoniales de Sabina, López, Wajchman, Montano, González, Villaroel, Gil, Tapia, La Rosa, Mioni y la declaración prestada por el imputado durante el debate, como así también toda la prueba instrumental aportada.

2.- Recurso de casación

La defensa de Vidal Minatti interpone recurso de casación, el que estima procedente de conforme a lo normado en los arts. 474 inc. 2 y 475 del CPP, 14 1 párr. 5 del PIDCP, 8.2 inc. H) de la CADH, 75 inc. 22 y 28 de la CN.

En cuanto a los agravios expuestos en el recurso, en primer lugar, la defensa afirma que la sentencia de condena yerra el objeto sobre el que gira la demanda civil y la valoración de la prueba aportada en ese proceso por parte del Tribunal Penal Colegiado que interviene en las presentes actuaciones.

En segundo, la cuestiona por considerar su fundamentación aparente en tanto omite un adecuado análisis de la prueba rendida y disiente con la conclusión a la que se llega por haberse apartado de las reglas de la lógica.

Entiende que se ha efectuado una **valoración fragmentaria** de las declaraciones testimoniales, por una parte; y que se han producido alegaciones en relación a las deudas de la cooperativa que no surgen del expediente civil ni ha sido expuesto por las partes, por otra parte.

En tercer lugar, cuestiona la presunción de dolo de su representado por no encontrarse acreditado de forma alguna el conocimiento de que los documentos referidos eran apócrifos.

En cuarto lugar, refiere que el a quo ha incurrido en contradicciones al momento de fundar la pena por utilizar una misma situación como agravante y atenuante.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 992/994 y estima formalmente procedente el recurso interpuesto por la defensa.

Sin embargo, afirma que desde lo sustancial no corresponde hacer lugar a la pretensión casatoria de la defensa del acusado. Considera que la defensa descontextualiza la conducta atribuida a Vidal Minatti y pretende cambiar el objeto de responsabilidad penal por el civil.

Refiere que el a quo tiene por acreditada la falsedad de los contratos aportados y su presentación ante la judicatura a los fines de hacerlo incurrir en error en la determinación del monto.

Que fruto de la pericia contable pudo determinarse el monto real adeudado y la diferencia a pagar, por lo que el perjuicio no se produjo y, por ello, es correcta la calificación de condena en grado de tentativa.

En referencia a la presunción de dolo, estima que la sentencia ha explicado de forma coherente y lógica las razones por las que se considera acreditado.

Finalmente, entiende que el cuestionamiento de fundamentación contradictoria vinculado a la determinación de la pena es un argumento aparente para desvirtuar la sentencia.

En razón de las consideraciones expuestas, entiende que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Luego de analizar el recurso impetrado y la sentencia cuestionada, estimo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la defensa. Ello en razón de los argumentos expuestos a continuación.

En primer lugar, y en relación a los agravios acerca del objeto del proceso civil llevado adelante por el acusado, estimo que la crítica efectuada no es correcta y resulta inconducente para desacreditar el desarrollo argumental de la sentencia de condena, el cual comparto.

La defensa pretende restar valor a los contratos falsos aportados por Vidal –en su calidad de presidente de la Cooperativa de Vivienda “Valle de Pedriel”– y que fueron objeto de estudio de la pericia contable realizada por el contador Wajchman. Esta pericia resultó prueba dirimente para establecer el precio del contrato y las deudas infracalculadas en favor de la víctima, que luego de ser saldadas por Vidal dieron

lugar a la resolución judicial de escrituración en favor de la cooperativa en ambas instancias, lo que configuró el intento de la maniobra de estafa.

La defensa alega que la originalidad de los contratos no tiene relevancia alguna a los fines de determinar el objeto del proceso civil ni la resolución a la que llegó la jueza de civil de primera instancia y la posterior confirmación de ella por parte de la Cámara Civil.

Sin embargo, ello no resulta consecuente con el plexo probatorio rendido en autos –la declaración testimonial del perito Wajchman, la compulsa del expediente civil mencionado, la pericia caligráfica confeccionada por Montano y las testimoniales prestadas durante el debate por quienes pretendieron adquirir los lotes– como bien ha considerado el magistrado sentenciante de instancia anterior.

Como se afirma en la sentencia de condena aquí cuestionada, el perito contable declaró que «los contratos que acompañó a la pericia fueron los que le entregaron en la Cooperativa, y que al tener los contratos un monto menor al verdadero, se disminuía lo que la Cooperativa le debía a Sabina».

Es decir, que al realizarse la pericia sobre contratos que poseían un valor inferior al pactado entre la cooperativa y los adquirentes de los lotes propiedad de Sabina, el resultado de la diferencia a pagar en favor de Sabina sería menor, debiendo en consecuencia Vidal pagar un monto infravalorado para poder exigir la escrituración, como ocurrió en el proceso civil.

Esto debe contextualizarse con el resultado de la pericia caligráfica obrante en este proceso penal por Montano que concluyó que de los contratos aportados por la cooperativa se podía afirmar la falsedad gráfica de las firmas de los adquirentes de los lotes en algunos casos y la presencia de distintos puños escritores en otros (ver fs. 748/753).

Por su parte, de las testimoniales de los adquirentes –Sergio González, Sergio Villarroel, María Belén Gil, Gerardo Ramón Tapia, Juan Alberto La Rosa y Daniel Alejandro Mioni– de los lotes durante el debate surge que éstos desconocían dichos contratos. Lo que implica, como expone el magistrado de instancia anterior, que «[t]ampoco se cuestiona y se encuentra acreditada la existencia de contratos que tienen firmas, aclaraciones de éstas y montos falsos».

Por lo que la pretensión defensiva no tiene correlato con la prueba aportada ni logra contradecir lo argumentado en la sentencia para sostener la existencia de la estafa, instrumentada mediante la forma de estafa procesal, atribuida a Vidal.

En segundo lugar, debe descartarse también el segundo grupo de agravios relativos a valoración fragmentaria del plexo probatorio incorporado en autos.

El cuestionamiento acerca de que el juez de sentencia no valoró que el perito compulsó la totalidad de los contratos, los registros contables, bancarios y administrativos de la cooperativa para confeccionar la pericia que determinó el precio y lo adeudado a la víctima, aparece como un argumento que busca interpretar de forma favorable para su representado la declaración testimonial del perito Wajchman, pero contrariamente a lo expuesto por él en la audiencia y correctamente valorado en la sentencia.

En efecto, al prestar declaración testimonial Wajchman expuso que «el anexo uno dice número de socio y precio, entonces si el precio estaba devaluado o si el precio no fue real -que me mostraron a mí- indudablemente que lo que se pagó no hubiera cubierto ese precio[...] lo que hubiera surgido es más

deuda» (ver constancia audiovisual de la audiencia realizada el día 14 de agosto de 2019 identificado como 2º parte a partir de minuto 25:51 y ss.).

Asimismo, si se constatan estas afirmaciones con lo asentado en el Anexo 1 referenciado puede apreciarse que allí se especifican los lotes, la fecha de venta, el comprador con su DNI, el número de socio que lo identifica, el precio, el anticipo, entre otros conceptos. Según surge de la declaración del perito el precio allí imputado surgía de los contratos aportados por la cooperativa (fs. 179/186 de los autos 52.004 compulsado y aportados como prueba documental en el juicio).

En otro orden, las afirmaciones del perito al explicar las operaciones técnicas que realizó y sus conclusiones relacionadas a cómo hubiera llegado a una diferencia económica mayor en favor de Sabina si el monto de los contratos hubiera sido mayor, contradicen los agravios defensivos y sustentan los argumentos de la sentencia.

De tal manera, aquélla aparece como una conclusión que se desprende lógicamente de la prueba aportada durante el proceso.

En tercer lugar, y respecto al cuestionamiento de la acreditación del conocimiento de Vidal sobre la maniobra de intento de estafa –argumentos que configuran una reiteración de los alegatos defensivos–, comparto el análisis expuesto en la sentencia.

Como bien refiere el a quo la prueba permite sostener que Vidal ejercía el cargo de mayor jerarquía dentro de la Cooperativa Valle Verde y su manejo diario, lo que se desprende de las declaraciones indagatorias del acusado, de los contratos firmados con los adquirentes y de los aportados en el marco del proceso civil para periciar, del acta de constitución de la entidad societaria y de las declaraciones testimoniales de los adquirentes de los lotes de la propiedad de la víctima de autos.

En tanto que, como bien se respondió en la resolución de instancia anterior, la hipótesis del imputado que atribuye toda la responsabilidad a la secretaria administrativa de la cooperativa no tiene respaldo alguno en la prueba incorporada, es contrario a la organización de las cooperativas y resulta un intento infructuoso de desligarse de responsabilidad.

Asimismo, la defensa no da cuenta de las circunstancias de que los contratos falsos se encontraban en la cooperativa al pleno acceso, ni que lo que en ellos constaba producía un desequilibrio contable favorable a la cooperativa respecto de lo debido a Sabina.

Como bien tuvo en consideración el magistrado sentenciante «Vidal sabía que para demandar la escrituración, tenía que haberle pagado a Sabina los importes correspondientes a las ventas de los lotes, ya que esa era la obligación central del contrato que firmó en nombre de la cooperativa. De ello se desprende que, tiene que demostrar que cumplió con su obligación, que el monto de la venta de los lotes fue pagado a Sabina y esto necesariamente se constataría con el dinero entregado a Sabina y su correlación con los contratos de compra venta de esos lotes».

Todo lo cual constituyó la maniobra de intento de estafa llevada a cabo por Vidal como presidente de la Cooperativa Valle Verde. En cuarto lugar, respecto a las contradicciones referidas por la defensa en la valoración para imponer la pena, entiendo que es una descalificación genérica que no especifica cómo su consideración diferente impactaría en el monto de pena a imponer.

Así, cuestiona que se tomara como agravante y atenuante la afectación al grupo de familias que procuraban adquirir los lotes del terreno propiedad de Sabina.

Carece de fundamento la crítica efectuada en tanto el a quo consideró como agravante el perjuicio que se le ha ocasionado a las familias adquirentes de buena fe por no poder escriturar los lotes, lo que no se contradice con que el beneficio de la maniobra desplegada no resultaba beneficioso únicamente para Vidal sino para más personas.

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el magistrado sentenciante respecto a la existencia del hecho, la responsabilidad de Ángel Ramón Vidal por el mismo y la determinación de la pena impuesta.

Por tales razones y con opinión concordante del señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay y Dra. Miquel. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO F. GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO F. GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO F. GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 971/981 vta. por la defensa de Ángel Ramón Vidal
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro Ministro DRA. SILVINA MIQUEL Juez de Cámara

3- FALIDO PIZARRO. 10-05-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP, 474, incs. 1° y 2° del CPP, 160 CN.

Vox: Usurpación. Turbación de posesión. Fundamentación. Principio de congruencia. Derecho de defensa.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** con los beneficios de su ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del CP) en la causa N° P-113.353/15

La **defensa** interpone recurso de casación. Advierte una motivación contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria y la transgresión de las reglas de la sana crítica, apartándose así el tribunal de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. Argumenta que se incurrió en la inobservancia de los principios de inocencia, congruencia, inmediación y contradicción, como así también se violó el derecho de defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación. Ordena anular el debate, la sentencia N° 368 y sus fundamentos y., en consecuencia, remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

El **Dr. Valerio como preopinante** considera que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto. Entiende que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 411, inc. 2 del CPP, en cuanto a que la sentencia debe contener la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen.

Voto Dr. Palermo. Disidencia. Entiende que corresponde acoger el recurso interpuesto por verificarse los vicios denunciados por el recurrente. Advierte que la decisión adoptada carece de argumentos que permitan sostenerla como válida a tenor de la jurisprudencia de este cuerpo. Esto así por cuanto se verifica que efectivamente se ha vulnerado el principio de congruencia, se ha violentado el derecho de defensa y sus fundamentos resultan insuficientes y contradictorios.

Voto Dr. Adaro. Disidencia. Entiende que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa. Adhiere a los fundamentos del Dr. Palermo.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 368, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

«[...] la regla de la sana crítica racional se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. [...] Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde

entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» (Fallos 328:3399)

Párrafo destacado:

“Es que, para constituirse en un acto jurisdiccional válido, la sentencia no puede limitarse a un mero relato de las circunstancias del debate para derivar de ello la prueba de la participación delictiva del acusado, sino que tiene que interpretar y valorar el plexo probatorio exponiendo su motivación de modo coherente y sin violentar las reglas de la sana crítica racional”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Disidencia). Adaro.

(F.D.)

Fallo

CUIJ: 13-04357528-1/1((032101-113353)) FC/UBALDO FALIDO PIZARRO P/USURPACION:TURBACION DE LA POSESION (113353) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104434734*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04357528-1/1, caratulada "F. C/ FALIDO PIZARRO, UBALDO P/ USURPACIÓN: TURBACIÓN DE LA POSESIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Ubaldo Carlos Ceferino Falido Pizarro a interponen recurso de casación (fs. 230/234 vta.) contra la sentencia N° 368 y sus fundamentos (fs. 225/226 vta.) mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de su ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del CP) en la causa N° P-113.353/15.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia consideró acreditado los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio, siendo los siguientes: «[q]ue en fecha 12 de octubre de 2015, siendo aproximadamente las 10:00 horas, Ubaldo Ceferino Falido Pizarro aprovechando la ausencia de los moradores y previo romper la tela romboidal que se encontraba colocada en el lote ubicado en calle Buenos Aires 1045, fracción uno, Barrio Centenario, San Martín, Mendoza, propiedad de Gabriel Horacio Manchado, ingresó al terreno en cuestión colocando un alambrado de aproximadamente diez metros de largo en el lugar. Posteriormente, el encartado cambió el cierre perimetral del lote, colocó un portón con cadena y candado y cortó el árbol que se encontraba en el centro del terreno, para luego introducir una casilla rodante y un precario baño en el interior del terreno».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes la declaración del imputado Ubaldo Falido Pizarro, las declaraciones testimoniales de Gabriel Horacio Manchado, José Pablo Catanese, Miguel Ramón Benegas y Ricardo Roberto Pesce, así como la prueba instrumental obrante a fs. 63/64.

2.- Recurso de casación

La defensa se enmarca el recurso promovido en las disposiciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Considera que en la sentencia impugnada se advierte una motivación contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria y la transgresión de las reglas de la sana crítica, apartándose así el tribunal de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Argumenta que se incurrió en la inobservancia de los principios de inocencia, congruencia, inmediación y contradicción, como así también se violó el derecho de defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador.

Estima que el tribunal de sentencia infirió en conclusiones sobre elementos probatorios que no fueron legalmente incorporados al debate y discutidos bajo la regla del contradictorio, tales como:

a) el instrumento de compraventa del año 1980 en el que consta que Ramón Benega habría adquirido de Pedro Catanese, una fracción de un inmueble ubicado en Villa Centenario de San Martín con frente a calle Buenos Aires;

b) el plano de la fracción del inmueble adquirido por Ramón Benega, confeccionado en el año 1980 por el arquitecto y el ingeniero civil;

c) el instrumento de cesión de derechos y acciones, con fecha 8 de octubre de 2015, por el que Miguel Ramón Benegas cede y transfiere a Ubaldo Carlos Ceferino Falido Pizarro los derechos y acciones que tiene de un contrato de compraventa respecto de la fracción de terreno ubicado en calle Buenos Aires, Villa Centenario, Ciudad de San Martín;

d) el plano municipal de mensura y fraccionamiento confeccionado en el año 2009; e) las constancias de pago de los impuestos municipales desde el año 1980 hasta 2011;

f) las constancias de pago del servicio de agua desde el año 1980 hasta 2011; y,

g) las constancias de pago del impuestos inmobiliario desde el año 1996 hasta 2009.

Asimismo advierte que el sentenciante estimó probados elementos y circunstancias sin sustento y que incurrió en motivación falsa en cuanto a la valoración de los dichos vertidos por José Pablo Cattanes.

A su modo de ver tal prueba, erróneamente valorada por el juez, era decisiva. Por último, argumenta que existe un erróneo juicio de subsunción normativa de los hechos investigados en la causa. Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General advierte que no existe en concreto ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia. Por lo que considera que las breves e incompletas referencias defensivas no alcanzan a constituirse en agravios concretos que permitan por este Tribunal la revisión pretendida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ante todo debe señalarse, que si bien la motivación de la sentencia cuestionada es escueta resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en autos no ocurre.

De este modo, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 411, inc. 2 del CPP, en cuanto a que la sentencia debe contener la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen. En primer lugar, corresponde señalar que el recurrente no logra explicar debidamente la decisividad de las supuestas arbitrariedades en la valoración de la prueba. Así, no indica concretamente cuáles son los vicios, ni demuestra cómo se habrían producido, no explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada, así como tampoco los motivos que sostienen la afirmación que el sentenciante violó las reglas de la sana crítica racional.

De tal manera el recurrente se limita a mencionar ciertos elementos probatorios que, según su entender, no fueron legalmente incorporados al debate y que habrían sido valorados erróneamente los dichos de José Pablo Cattanese.

Sin perjuicio de ello, estimo que el juez de sentencia realizó un detallado examen del mérito probatorio que lo llevó, razonadamente y sin los vicios que el recurrente atribuye a la motivación de la sentencia, a tener por acreditado, con el grado de certeza que requiere una condena, que Gabriel Horacio Manchado tenía la posesión del lote ubicado en calle Buenos Aires 1045, fracción uno, del Barrio Centenario al día 12 de octubre de 2015, ostentando su uso y goce en carácter de poseedor, teniéndolo a su disposición y bajo su custodia.

Así, surge de los fundamentos que el sentenciante, en razonamiento que comparto, sostuvo que «[e]l delito de usurpación consiste en turbar los derechos de un tercero que es lo que ha ocurrido en el caso conforme los dichos de la víctima, que son creíbles, y las declaraciones de José Cattanese y el Dr. Ricardo Pesce».

Asimismo destacó que «[l]a declaración de Ramón Benegas y el documento de fs. 63/64 [el instrumentos de cesión de derechos y acciones, con fecha 8 de octubre de 2015, por el que Miguel Ramón Benegas cede y transfiere a Ubaldo Carlos Ceferino Falido Pizarro los derechos y acciones que tiene de un contrato de compraventa respecto de la fracción de terreno ubicado en calle Buenos Aires, Villa Centenario, Ciudad de San Martín] ponen en crisis los dichos del imputado ya que debía haber realizado el reclamo por vía civil y no por las vías de hecho [...] no se trata de un error ya que evidentemente quedó acreditado que sabía de la situación del lote y optó dolosamente por la turbación del derecho de terceros» (fs. 225 vta.).

Asimismo es de resaltar que el medio comisivo utilizado fue la violencia, en tanto el acusado rompió la tela romboidal para ingresar al inmueble. Luego con el fin de despojar de la posesión efectiva que tenía la víctima, cambió el cierre perimetral, colocó un portón con cadena y candado, cortó un árbol que se encontraba en el interior del terreno e introdujo una casilla rodante y un precario baño.

Por otra parte, estimo que debe ser rechazado el cuestionamiento referido a que el sentenciante tuvo en cuenta elementos probatorios que no fueron legalmente incorporados al debate.

En primer lugar, se advierte que a fs. 60/101 el acusado, por su propio derecho, presentó en el expediente tal documentación, en segundo lugar a fs. 208 la defensa ofreció como prueba instrumental esa documentación y en el mismo sentido lo hizo el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 209 y vta. Por último, surge del acta de debate de fs. 224 que esos elementos probatorios fueron debidamente

incorporados al juicio como prueba instrumental, advirtiéndose que el defensor no se opuso a su incorporación.

De acuerdo a ello, se impone el rechazo de este agravio. Cabe advertir que carece de importancia a la hora de determinar la configuración del delito, la legitimidad o ilegitimidad del título que invoca quien reclama la ocupación, puesto que el comportamiento sancionado es la irregularidad de los medios que se vale para obtenerla de aquel que posee o tiene en forma real, actual y efectiva el inmueble.

En síntesis, de la impugnación analizada se advierte, que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin aportar razones que permitan desvirtuar el razonamiento del sentenciante.

De tal manera, los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones en relación a la valoración del material probatorio que, si bien son propios de la posición asumida, evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación de la sentencia cuestionada, carentes de sustento probatorio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ubaldo Carlos Ceferino Falido Pizarro.

Voto Dr. Palermo. Disidencia

ASÍ VOTO SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Del análisis del recurso de casación, del acto sentencial puesto en crisis y las constancias de la causa, me permito respetuosamente discrepar con la solución a la que llega mi colega de sala y, adelanto opinión en el sentido de que corresponde acoger el primero de los nombrados puesto que a mi criterio se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

Refiere la defensa técnica del acusado que en la resolución se ha incurrido en defectos que impiden que se erija como acto jurisdiccional válido por cuanto se transgredieron las reglas de coherencia y derivación.

Agrega que la resolución reviste sólo apariencia de fundada pues considera que resulta arbitraria y, por ello, reclama su nulidad.

Como anticipé entiendo que le asiste razón por cuanto de la reproducción del registro audiovisual de los fundamentos de la sentencia condenatoria (ver a partir del minuto 40:48), como también de su lectura que por escrito se agregaron a la causa (ver fs. 225/226 vta.) advierto que la decisión adoptada carece de argumentos que permitan sostenerla como válida a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo.

Esto así por cuanto se verifica que efectivamente se ha vulnerado el principio de congruencia, se ha violentado el derecho de defensa y sus fundamentos resultan insuficientes y contradictorios. Paso a explicarlo.

De las constancias de la causa emerge que efectivamente conforme el hecho atribuido por la parte acusadora y que el juez consideró corroborado, el ingreso de Ubaldo Ceferino Falido Pizarro al inmueble habría ocurrido a las 10:00 hs. del día 12 de octubre de 2.015, previo romper la tela romboidal que se encontraba colocada en el mismo.

En este sentido no surge que al momento de formular alegatos conclusivos el representante del Ministerio Público Fiscal, ni la parte acusadora privada hayan modificado y/o ampliado la plataforma fáctica. No obstante, al brindar oralmente los fundamentos el juez consideró que el hecho se habría llevado a cabo «[...] incluso hasta clandestinamente según lo que habría dicho Cattanese, porque se entró de noche [...]» (ver registro audiovisual del día 14/5/18, minuto 41:14).

Como se advierte de lo reseñado el juez de la instancia previa consideró en sus fundamentos momentos de consumación del hecho muy distintos, por un lado entendió que aquél fue las 10 hs. y por el otro, refirió que había sido por la noche. **Además, introdujo un modo de comisión que no formaba parte de la acusación: la clandestinidad.**

De tal circunstancia emerge, a mi criterio, que además de vulnerarse el principio de congruencia se violentó el derecho de defensa del acusado puesto que éste no estuvo en condiciones de defenderse sobre un dato trascendente relativo al hecho intimado.

Por otra parte, también le asiste razón al recurrente en relación a la deficiente fundamentación de la sentencia condenatoria.

Efectivamente, más allá de la escueta referencia brindada oralmente a la declaración de Cattanese, como también las alusiones a las testimoniales de José Cattanese y Ricardo Pesce en los fundamentos que, por escrito obran a fs. 225/226 vta., no se han detallado qué otros elementos de prueba se valoraron, ni menos aún las conclusiones que de tales medios convictivos se obtuvieron y que serían las que, en definitiva, fundarían los extremos de la imputación que se tuvo por acreditada.

En otras palabras, de los fundamentos de la sentencia que la defensa cuestiona no surge: que el juzgador haya analizado todas las pruebas de la causa; que señalara qué elementos corroboraban la hipótesis de los hechos que tuvo por probada; que individualizara qué pruebas entendió que resultaban cargosas y cuáles de descargo; su adecuada vinculación entre sí y con la declaración del acusado; ni que señalara los motivos que lo llevaron a asignar mayor crédito a unas pruebas sobre otras.

Así, no entiendo que el juez llevara a cabo una valoración integral, ni individual, de los medios de prueba incorporados a la causa. En definitiva, y de acuerdo a lo expuesto, se puede afirmar que los fundamentos cuestionados por la defensa carecen de valoración probatoria.

Es que, para constituirse en un acto jurisdiccional válido, la sentencia no puede limitarse a un mero relato de las circunstancias del debate para derivar de ello la prueba de la participación delictiva del acusado, sino que tiene que interpretar y valorar el plexo probatorio exponiendo su motivación de modo coherente y sin violentar las reglas de la sana crítica racional.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que «[...] la regla de la sana crítica racional se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. [...] Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» (Fallos 328:3399; en el mismo sentido, se expidió en “Ledesma Maria Leonor c/Metrovías SA”, S.C.L. N° 1170, L, XLII, con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación. Es así que, de acuerdo a la reiterada doctrina de esta Sala (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177) es posible afirmar que la sentencia condenatoria dictada en contra

de Falido Pizarro carece de fundamentos válidos que la sustenten por lo que, también en este aspecto, resulta procedente el recurso planteado.

Finalmente, entiendo que la resolución criticada resulta contradictoria en relación con el tipo subjetivo del delito atribuido, esto así por cuanto el juez al expedirse oralmente sobre la responsabilidad de Falido Pizarro en el hecho atribuido señaló: «[...] quizás por ignorancia o error ingresó, y no era un error invencible [...] en definitiva actuó dolosamente ingresando al bien [...]» (registro audiovisual a partir del minuto 42:17).

Tal mención a la configuración del tipo subjetivo del delito de usurpación no explica, de acuerdo a la teoría del error, cómo era posible construir la imputación al considerarse que Falido Pizarro habría ingresado al inmueble por error –o ignorancia, según el juez– y éste no era invencible, y por lo tanto era vencible, si el delito no tiene prevista la forma imprudente.

También ello denota un serio vicio en la sentencia que, sumados a los anteriores, no permiten sostener su invalidez como acto jurisdiccional válido.

En síntesis, y conforme el detalle efectuado, entiendo que resulta evidente la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia criticada, que se derivan de la inobservancia de las disposiciones del art. 416, inc. 4 del CPP, circunstancias que importan la declaración de nulidad del fallo cuestionado por la defensa.

Por lo expuesto, y oído el Procurador General, considero que el recurso de casación promovido por la defensa técnica de Ubaldo Falido Pizarro debe ser acogido en esta instancia y, en consecuencia, debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN DISIDENCIA, DIJO: Examinada la presente causa adhiero al voto de mi colega de Sala que me precede en el análisis de la presente causa con relación a la solución que corresponde otorgar a los cuestionamientos propuestos por el defensor técnico del acusado.

Ello así por cuanto entiendo acierta el voto precedente al considerar que la sentencia condenatoria dictada por el magistrado del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial no reúne los presupuestos mínimos necesarios para sostenerse como válida (LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177).

Considero no obstante necesario señalar, toda vez que advierto que la fundamentación del acto sentencial se llevó a cabo en forma oral (ver registro audiovisual de la audiencia de debate del día 14/5/18 a partir del minuto 40:23), las consideraciones que sobre el tema he referido.

En efecto, en el precedente «Zurita» señalé que: «[...] el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad.

Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un **lenguaje claro**, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias».

En el caso en análisis ello no se ha cumplido en razón de los serios defectos que se advierten en la exposición oral de los fundamentos por el juez de la instancia previa y que fueran detallados en el voto que me precede. Por lo expuesto, considero que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular el debate, la sentencia N° 368 y sus fundamentos de fs. 225/226 vta., en consecuencia, remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.-Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa Ubaldo Carlos Ceferino Falido Pizarro.
- 2.-Anular el debate, la sentencia N° 368 y sus fundamentos de fs. 225/226 vta., en consecuencia, remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.
- 3.-Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

4- ABDALA FORNES.19-05-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCC										474
-	FP	-	-	IEP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210519_FcAbdala.pdf

Lex: Art. 174 inc. 5° del CP. Art. 359, 418, 474 inc. 1° del CPP.

Vox: Defraudación. Juicio abreviado. Inhabilitación especial. Cargos públicos. Fraude. Administración pública. Teoría de la responsabilidad por los actos propios. Hospital Central. JAF cuestionado

Summa:

El TPC admitió la aplicación del procedimiento de juicio abreviado y condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión en carácter de ejecución condicional** e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como autor del delito de fraude a la administración pública

La **defensa** interpone recurso y cuestiona que se haya conculcado el principio de proporcionalidad al no considerarse la cuantía de afectación del bien jurídico protegido y el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta la imposición de la pena.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 460, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

b-CSJN

- 312:1725. Compañía Azucarera Tucumana S. A. v. Nación Argentina. 21/09/89.
- 316:132. Luis María Zambrano V. José Manuel Saravia. 16/02/93.
- 328:3783. Quintana Mario Francisco. 25/10/05.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=593474&cache=1694695324270>

SCJM. Dr. Llorente. Dra. Day. Dr. Garay.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04798888-2/1((018602-82436)) FC/ABDALA FORNES JORGE ENRIQUE P/ FRAUDE EN PERJ DE ANMINISTRACION PUBLICA 174 INC 5TO.- P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104878589*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04798888-2/1 caratulada "FC/ ABDALA FORNES, JORGE ENRIQUE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. PEDRO J. LLORENTE, segundo DRA. M. TERESA DAY y tercero DR. DALMIRO GARAY CUELI.

La defensa oficial de Jorge Enrique Abdala Fornes interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 460 que admitió la aplicación del procedimiento de juicio abreviado y lo condenó a la pena de dos años de prisión en carácter de ejecución condicional e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como autor del delito de fraude a la administración pública (art. 174 inc. 5° y 45 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Según constancias las constancias de la causa se condenó a Jorge Enrique Abdala Fornés por el hecho ocurrido el día 28 de marzo de 2007, donde aquél en su calidad de Director Ejecutivo del Hospital Central, dolosamente y mediante el recibo N° 0001-00000057, requirió a dicho efector el pago de la suma de pesos un mil (\$ 1000) en concepto de honorarios profesionales por Unidad de Gestión de cirugía de Tórax. Ello cuando tenía imposibilidad jurídica para ello, toda vez que por imperio del art. 4 del decreto 90/92, los funcionarios que ocupan cargos fuera de nivel o escalafón no percibirán adicionales mientras ejerzan dichas funciones. Dicha suma fue abonada por el Hospital, resultando una disposición patrimonial perjudicial para la Administración Pública Provincial.

Según surge del registro audiovisual el titular del Ministerio Público Fiscal y la defensa oficial, en presencia del imputado Jorge Enrique Abdala Fornés, acordaron el procedimiento de juicio abreviado. El acusado fue anoticiado del alcance y condiciones de la modalidad de procedimiento adoptada, indicándosele los presupuestos inherentes para la viabilidad del acuerdo celebrado, habiendo admitido aquél la modalidad acordada y el reconocimiento del hecho.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 inc. 1 del CPP en tanto el recurrente sostiene la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del CP. Ello en tanto, si bien se ha impuesto el mínimo de la pena, en el caso concreto, se ha conculcado el principio de proporcionalidad al no considerarse la cuantía de afectación del bien jurídico protegido y el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta la imposición de la pena.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 397/398 el Procurador General contesta la vista y aconseja el rechazo del remedio intentado. Para así dictaminar considera que de las constancias de la causa no surge que el consentimiento del inculpa haya podido ser afectado de alguna manera, o que la pena haya excedido los parámetros establecidos para el delito endilgado. A ello agrega que la sentencia se encuentra debidamente motivada en orden a la calificación legal y a la pena impuesta tomando en consideración los parámetros de los artículos 40 y 41 del CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Llorente. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**); lo que en la especie no ocurre. Dicho cuanto precede, analizaré los registros audiovisuales pertinentes, la sentencia impugnada, en función de los planteos formulados en la presentación personal del imputado Jorge Enrique Abdala Fornes (fs. 365/372), como en el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial del condenado (fs. 374/ 377). Ambos planteamientos se encuentran íntimamente relacionados, y el rechazo de la presentación conlleva al rechazo del recurso formulado.

Es que, luego de concluida la audiencia y leída la sentencia (fs. 358/363 vta.) según la fecha del cargo del escrito, el 29 de marzo de 2019, el imputado presentó escrito en el que expresa no haber tenido tiempo para reflexionar ni haber recibido la información necesaria, lo que en definitiva no le permitió conocer el real alcance de la medida que «[le] fue impuesta en forma compulsiva» (fs. 365), acompañando documentación que respalda sus dichos.

Con fecha 8 de mayo de 2019, la defensa oficial del encartado presentó recurso de casación, cumpliendo con la voluntad de impugnación manifestada por el encartado, sin formular ninguna referencia a los supuestos vicios del consentimiento por parte de Abdala Fornes y si, en cambio, cuestionó el monto de la pena impuesta.

De ello surge entonces la necesidad de revisar adecuadamente la audiencia respectiva y los audios pertinentes a fin de constatar si existió o no la causal invocada por el imputado. Adelanto desde ya que no advierto la concurrencia del supuesto fáctico denunciado.

El fiscal al inicio de la audiencia de debate (fs. 358) anotició al tribunal, que habían acordado un juicio abreviado y expresó que si el imputado Abdala aceptaba el procedimiento y la responsabilidad en el hecho que se le atribuía, solicitaba la pena de dos años de prisión en forma condicional y la pena de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos. Expresamente el fiscal renunció a los plazos a fin de que la sentencia adquiriera inmediata firmeza.

La defensa adhirió a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, a lo que instó que se tuviera en cuenta la edad del imputado y que se considerara el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho acaecido en el año 2007 hasta el dictado de la sentencia. Luego de ello, el tribunal requirió los datos del imputado, su nombre completo, profesión, lugar de nacimiento, y lugar de residencia. Por su parte, le explicó al acusado el alcance del acuerdo de juicio abreviado y le manifestó que era necesaria su aceptación al procedimiento específico, a la vez que admitiera la imputación que oportunamente le fuera intimada.

En ese contexto Abdala admitió la modalidad acordada y su intervención en el hecho intimado que se le dio lectura conforme las normas procesales vigentes. Conforme a ello, se advierte que el recurrente se aparta de las constancias de la causa, pues de ellas surge de modo claro y expreso que la codefensora de la defensoría oficial N° 6, Dra. Cerdera, propició conjuntamente con el representante del Ministerio Público Fiscal el acuerdo que ahora cuestiona por vía recursiva. Ello en tanto, y como se explicó, en la audiencia el tribunal hizo saber de modo expreso el significado y alcance de la modalidad de juzgamiento adoptada, surgiendo de modo claro que el imputado admitió la modalidad de juzgamiento, como su intervención y reconocimiento en el hecho atribuido. Así las cosas, y acorde la esencia del juicio abreviado que reside en que la solución al conflicto penal no surge de una imposición vertical, sino una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser, si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de la sentencia cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido.

Esto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que en todo momento intervino la defensora del imputado como asesora técnica, suscribiendo ambos el acta sin formular objeción alguna y consintiendo las referencias allí apuntadas en relación a lo acontecido en la audiencia celebrada. Esta circunstancia me permite afirmar que sorprende el planteo efectuado por la defensa de Abdala Fornes, ya que en este tipo de casos cobra relevancia la llamada teoría de la responsabilidad por los actos propios, que vela por la coherencia de la conducta de los intervinientes en el proceso y según la cual las partes, no pueden contradecir sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces. Tal principio, que nuestro más Alto Tribunal Nacional sostiene desde antiguo, torna inadmisibile la pretensión incoada que coloca a la parte en contradicción con su comportamiento jurídico anterior (**Fallos 312:1725; 316:132; 328:3783, entre otros**).

Es por ello que debe igualmente rechazarse el planteo formulado por la defensa oficial del encartado, en orden al agravio vinculado al monto de la pena, que a criterio del defensor, resulta desproporcionada. Reitero al respecto que el monto de la pena fue acordada en la audiencia respectiva y se convino fijar el mínimo de la escala penal prevista para el delito de fraude en perjuicio de la administración pública. Ello, con el conocimiento del propio imputado (fs. 358 y vta.), no acreditándose que su consentimiento fuera prestado de modo viciado.

Es que, como lo he expresado, del relevamiento de las constancias escritas y audiovisuales del legajo, no surge en modo alguno que el procedimiento acordado entre la defensa oficial del acusado, el acusado y el ministerio publico fiscal, fuera compulsivo para Abdala Fornes, o que éste no hubiera tenido tiempo para reflexionar ni que no recibió la información necesaria. Tampoco el defensor oficial explica debidamente en esta instancia recursiva las razones por las que la pena impuesta debe ser considerada desproporcionada en relación al bien jurídico protegido o de qué manera estarían conculcados los fines de la pena. No puedo dejar de resaltar que en el caso concreto se acordó el mínimo de la pena prevista

para el delito de fraude en perjuicio de la administración Pública (art. 174 inc. 5° del CP), sin que la defensa cuestionara oportunamente el monto previsto en abstracto por la norma citada.

En virtud de ello, y atento a que, como se refirió en el marco de la audiencia de celebración del juicio abreviado la defensa técnica admitió el acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, como también la pena a imponer a su representado, no es posible admitir en esta instancia recursiva cuestionamientos relativos al monto de la pena impuesta, o la finalidad de la misma o la cuantía del bien jurídico protegido. Por ello, a la luz de la normativa procesal vigente, resulta improcedente el recurso interpuesto. Es por ello que la pretensión deducida por la parte en sus agravios contraviene la teoría de los actos propios, y en virtud de ello debe ser rechazado.

ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. M. TERESA DAY Y DR. DALMIRO GARAY CUELI adhieren por, sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. M. TERESA DAY Y DR. DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Jorge Enrique Abdala Fornes.
- 2.- Tener presente la reserva de caso federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministro

5- TORNELLO. 17-06-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210617_FcTornello.pdf

Lex: Art. 174, 63, 63, 67, 77 del CP. Ley 25188. Art. 104 de la ley 1079 y su ccte. de la ley 5892.

Vox: Defraudación a la administración pública. Municipalidad de Guaymallén. Plazos de prescripción de la acción penal. Funcionario público. Ética en el ejercicio de la función pública. Principio de congruencia. Delito continuado, Delito instantáneo.

Summa:

La **Excma. Octava Cámara del Crimen** hizo lugar al recurso de apelación deducido por la representante del MPF y se revocó la sentencia de sobreseimiento dictada en favor de las nombradas, Maza y Tornello, por el Primer Juzgado de Garantías.

La **defensa** de ambas interpone recurso y promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: resolución pronunciada por la entonces Octava Cámara del Crimen- 1° CJ.

Doctrina citada.

GORDILLO, Agustín Tratado de derecho administrativo, T. XIII, Parte General, FDA, Buenos Aires, 2003, pág. 20.

MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, T. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 200.

MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., pág. 200/201.

Parágrafos destacados

“Conforme a estas disposiciones, toda persona que haya sido nombrada o designada por autoridad competente para desempeñarse accidental o permanentemente en la función pública revestirá la calidad de funcionario público...”. Voto Dr. Valerio.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Garay Cuelli.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04350861-4/1((010508-26513)) FC/TORNELLO MAZA, TORNELLO P/DEFRAUDACIONES AGRAVADAS: FRAUDE EN PERJ. DE ADM.PUB. (26513) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104427629*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04350861-4/1 caratulada "F. C/ TORNELLO, XIMENA SOLEDAD; MAZA, SILVIA P/ DEFRAUDACIONES AGRAVADAS ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. DALMIRO GARAY CUELI y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Silvia Catalina Maza y Ximena Soledad Tornello interpone recurso de casación contra la resolución agregada a fs. 348, mediante la que se hizo lugar al recurso de apelación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal y se revocó la sentencia de sobreseimiento dictada en favor de aquellas por el Primer Juzgado de Garantías (fs. 334/335); pronunciamiento dictado por la entonces Octava Cámara del Crimen en autos N° P-26.513/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando mediante sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, con base en que «[...] habiendo consultado anteriormente la resolución de la señora jueza de garantías para tomar conocimiento sobre el objeto de los cuestionamientos formulados por la parte recurrente y después de escuchadas las partes [...] bueno, en principio, tengo que expresar que voy a disentir con la defensa en cuanto a que las imputadas no revisten el carácter de funcionari[a]s públic[a]s. A mi modo de ver, a los términos del art. 77 del C.P., mi interpretación es que, efectivamente, se trata de dos personas que han sido designadas por el intendente, en ese entonces, intendente de la Municipalidad de Guaymallén para participar en el ejercicio de la función pública. Puntualmente, en este caso, se las designó como empleadas temporales en el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Guaymallén y esta tarea, posteriormente [...] se prolongó en el tiempo hasta incluso en el mes de marzo del 2015, según consta a fs. 24, en 9 y 24 se las designa como planta, como personal de planta permanente [...]».

«Por otra parte, respecto del avoque, entiendo que, si bien la defensa menciona la existencia de un solo hecho y hace alusión únicamente a la fecha de designación de las imputadas, lo cierto es que resulta obvio que cuando la Fiscalía menciona que perciben, o se le atribuye o se lo intima por haber percibido en forma irregular una remuneración total de trescientos ochenta mil pesos está incluyendo dentro de ese hecho todas las percepciones mensuales sucedidas desde que fueron designadas hasta que renuncian al cargo

que ocupaban. De manera tal que se engloba dentro de ese hecho una pluralidad de maniobras delictivas, a prima facie, así estipuladas y la circunstancia de que la administración fraudulenta se califique como fraude, en su modalidad agravada, como fraude a la administración pública, bueno, justamente incluye todas estas situaciones. Asimismo, también voy a disentir en cuanto a la interpretación de que estamos frente a un delito instantáneo [...]».

«[D]entro de los argumentos expuestos por el Ministerio Público Fiscal, considero que el más sólido de los tres es justamente el que tiene que ver con la interpretación de que estamos frente a un delito continuo y esto no es solamente una idea personal del suscripto, sino que ya ha sido, es una postura que ha sido fijada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace varios años, en el caso “Pompa, Jaime” del año 2002. El Máximo Tribunal de la Nación adhirió al dictamen del Ministerio Público Fiscal, quien entendía que si una es la administración, una también es la conducta fraudulenta, independientemente de la repetición de actos ilegítimos cumplidos bajo el mandato, los que no logran multiplicar la delictuosidad del agente.

Entonces, ahí se consideró que las acciones de infidelidad o abuso son constitutivas de un hecho único y global de administración fraudulenta y que no se modifica la solución por el hecho de que se haya aplicado, en ese caso como en este, la hipótesis del fraude a la administración pública porque se trata de un tipo agravado, cuya suerte depende del delito principal, esto es, la administración fraudulenta». «Entonces, si esto es así, debemos considerar que efectivamente, aplicando el art. 63 del C.P., el plazo que debe considerarse para [...] a los efectos de verificar cuándo empieza a correr la prescripción de la acción penal es cuando el delito cesa de cometerse, siendo un delito continuo, esto es, como manifestó la señora Fiscal de Instrucción, cuando se produce la renuncia de las imputadas al cargo que ocupaban. Ninguna de estas aristas fue analizada por la señora jueza de garantías, no obstante que era obligación de ella meritarlo y más allá de que, puntualmente, el tema de la caracterización como delito continuo no fue oportunamente mencionado por el Ministerio Público Fiscal y por la querella, considero que igualmente obligaba a su análisis y examen».

«De cualquier manera, es palpable que la resolución entonces resulta arbitraria. Entiendo que, efectivamente, no ha operado una causa de interrupción de la acción penal. El Ministerio Público puede seguir ejercitando la acción penal. El último hecho, el último acto interruptivo es el llamado a indagatoria que ha ocurrido hace un par de años, en el año 2016. De manera tal que la decisión adoptada por la señora jueza de garantías debe ser revocada y ser rechazado, asimismo, el planteo oportunamente formulado por la defensa, de sobreseimiento de las imputadas Catalina Maza y Ximena Soledad Tornello. En consecuencia, el Tribunal resuelve: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y revocar la decisión adoptada por el Primer Juzgado de Garantías a fs. 334/335, rechazando el pedido formulado por la defensa a fs. 297 de sobreseimiento de las imputadas [...]» (constancias de videograbación, desde el minuto 22:35 hasta el minuto 29:16).

2.- El recurso de casación de la defensa de Silvia Maza y Ximena Tornello

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En orden a los vicios sustantivos, señala que se han aplicado erróneamente **los arts. 77, 55, 63 y 174, inc. 5 del Código Penal**.

Así, luego de efectuar una reseña de lo acontecido en la presente causa, el impugnante sostiene que a sus defendidas jamás se las imputó normativamente por ser funcionarias públicas ni por varios hechos dependientes –delito continuado–, motivos por los que el a quo revocó el sobreseimiento dictado en su favor.

Sostiene que las imputadas nunca fueron funcionarias públicas, en forma real y efectiva como exige el art. 77 del CP, teniendo en cuenta que nunca asistieron a sus lugares de trabajo, no realizaron el débito laboral, no efectuaron la tarea a la cual estaban obligadas ni realizaron tarea alguna en la Municipalidad de Guaymallén, conforme se desprende de la denuncia, avoque e imputaciones. Señala que el concepto de funcionario público avalado por la doctrina y jurisprudencia nacional contraría groseramente la aplicación que realizó el a quo.

Expresa que la inexistencia de la calidad endilgada se demuestra además sobre la base del bien jurídico protegido por la figura de defraudación a la administración pública. En ese sentido, considera que, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado es la propiedad, éste «no tiene afinidad alguna con el sujeto activo –funcionario público– del bien jurídico protegido “Administración pública”, propio de los delitos contra la Administración pública», ni es condición sine qua non ser funcionario público para cometer el delito investigado en autos.

Sostiene que sus defendidas no tenían la cercanía ni el deber de respeto y custodia al bien jurídico protegido; y sólo, en caso de probarse, habría afectado la propiedad ajena, cuyo propietario era la comuna de Guaymallén.

Por otro lado, señala que es errado sostener que el hecho investigado constituye un delito continuado, como consideró el a quo, puesto que no existen varios hechos dependientes entre sí, sino un único hecho –como una sola modificación del mundo exterior– calificado como defraudación a la administración pública y no como administración fraudulenta. La defensa además destaca que el fallo invocado por el tribunal recurrido no resulta aplicable al presente caso.

En relación a los vicios de forma, señala que el auto atacado es nulo de nulidad absoluta, en tanto vulnera garantías constitucionales como el estado de inocencia, derecho de defensa y debido proceso legal (principio de congruencia).

En ese orden, sostiene que el a quo vulneró el principio de congruencia al introducir calificación jurídica subjetiva y objetiva que no se encontraba en la imputación originaria, concretamente, la calidad de funcionario público y delito continuado.

Expresa que, a fin de fulminar la sentencia de sobreseimiento, el juez de apelación introdujo varios hechos y los calificó como delito continuado, modificando sustancialmente la plataforma fáctica; y, además, de manera sorpresiva, introdujo la nueva calificación, es decir, la calidad de funcionario público. Asimismo, sostiene que el auto atacado es nulo por arbitrariedad, absurdidad y carencia probatoria en su motivación.

Por otra parte, considera que el a quo dio por sentado la calidad de funcionario público de las acusadas, sin realizar un análisis pormenorizado de los hechos, prueba y constancias de la causa y teniendo por acreditado ese extremo por el sólo hecho de haber sido nombradas en la Administración Pública con un decreto, contrariando así el verdadero concepto jurídico real y funcional de «**funcionario público**».

En virtud de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación deducido y formula reserva del caso federal.

3.- Contestación de vista del querellante particular

En oportunidad de presentar su informe, el representante de la parte querellante expresa que la jueza de garantías equivocó su razonamiento en cuanto al cómputo del plazo de la prescripción.

Ello, en tanto al ser los hechos investigados delitos permanentes, el plazo de prescripción debe empezar a contarse desde el día 02/11/2015, fecha en la que las acusadas renunciaron a sus cargos, conforme dispone el art. 63 del CP. Además, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 67, segundo párrafo del CP, el curso de la prescripción se encontraba suspendido, puesto que las imputadas eran funcionarias públicas.

Sostiene que, más allá de lo sostenido por el recurrente y las discusiones en cuanto al alcance del término funcionario público, en el caso de autos no caben dudas que la situación que revestían las acusadas encuadra en el marco del art. 77 del Código Penal.

Ello, toda vez que el concepto aludido debe compatibilizarse con la definición regulada en la ley 25.188, esto es, toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Asimismo, y en relación al cuestionamiento de la defensa sobre el tipo penal endilgado, el representante de la parte querellante entiende que aquél no puede prosperar puesto que las encartadas tenían pleno conocimiento que percibiendo sus salarios, estaban defraudando a la comuna de Guaymallén, actuaron con dolo.

Refiere también, que el investigado constituye un solo hecho, jurídicamente tipificado como defraudación a la administración pública (art. 174, inc. 5 del C.P.), tratándose de un delito continuado, que se caracteriza por una sola acción tipificada que se prolonga sin interrupción en el tiempo.

En virtud de ello, solicita se rechace en lo sustancial el recurso de casación deducido por la defensa.

4.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente.

Ello, teniendo en cuenta que, por un lado, no caben dudas que las imputadas adquirieron la calidad de empleadas públicas por designación de autoridad competente el 1 de octubre y el 1 de noviembre de 2009, estando perfectamente habilitadas para ejercer la función para la que habían sido designadas y, sin embargo, se sustrajeron fraudulentamente a la prestación de servicios, lo que les permitió cobrar sin trabajar.

Por otro lado, sostiene que no existe vulneración al principio de congruencia, toda vez que la calidad de empleado público no se establece como integrante de la calificación legal, sino que integra el núcleo fáctico dado a conocer a las encartadas cuando fueron anoticiadas del hecho que se les atribuye; y que efectivamente el delito atribuido es un delito continuo.

Finalmente, entiende que la motivación del a quo aparece suficiente, lógica y coherente para avalar los pedimentos del Ministerio Público Fiscal y que la revocatoria del resolutivo de la jueza de garantías es absolutamente correcta y fundada, por lo que corresponde que la causa continúe según su estado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Silvia Maza y Ximena Tornello, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

En forma preliminar y a los fines de ordenar el tratamiento en esta instancia, cabe señalar que los agravios casatorios pueden sintetizarse en tres puntos: a) inexistencia de la calidad de funcionarias públicas de las imputadas; b) el hecho objeto del proceso no constituye un delito continuado; y c) vulneración del principio de congruencia en la resolución impugnada. Ello, sin perjuicio del carácter formal o sustancial de los vicios denunciados.

a) Sobre la calidad de funcionario público

En relación a este punto, el recurrente entiende que sus defendidas no reúnen esa calidad porque nunca asistieron a sus lugares de trabajo y tampoco realizaron la tarea a la cual estaban obligadas en la Municipalidad de Guaymallén.

Señala también que no es necesario ser funcionario público para cometer el delito que se les atribuye, esto es, defraudación a la administración pública; y, finalmente, que nunca se les imputó ser funcionarias públicas.

Tal como se advierte de la enunciación precedente, todos los argumentos recursivos pretenden demostrar que las acusadas no deben ser consideradas funcionarias públicas y, con base en ello, que se declare de prescripción de la acción penal.

Sin embargo, considero que la calidad aludida surge de forma palmaria y contundente de las constancias de la causa, y así ha sido tenido en cuenta por el a quo para considerar que continúa vigente la acción penal por el delito que se les atribuye.

En ese orden, resulta oportuno recordar que el **art. 77 del CP**, al establecer el alcance del término funcionario público dispone que ostenta esa calidad «todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente».

A su vez, debe tenerse en cuenta que la **Ley 25.188**, de Ética en el Ejercicio de la Función Pública se refiere un concepto de funcionario público en sentido amplio. En efecto esa norma, según su propia letra, «[...] establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado;[y que s]e entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos».

Conforme a estas disposiciones, toda persona que haya sido nombrada o designada por autoridad competente para desempeñarse accidental o permanentemente en la función pública revestirá la calidad de funcionario público, tal como ha ocurrido con las imputadas de autos.

En efecto, de acuerdo a las constancias de la causa, las acusadas habrían sido designadas formalmente por Decreto N° 2206/09 –Ximena Soledad Tornello–; y mediante decretos N° 2053/09 y 1526/11 –Silvina Catalina Maza– emitidos por la Municipalidad de Guaymallén como personal temporario eventual; y, con posterioridad, designadas formalmente en los cargos de planta permanente mediante Decretos N° 1127/15 –Ximena Tornello– y N° 424/15 –Silvia Maza– de esa Municipalidad.

No obstante ello, el recurrente argumenta que el nombramiento referido no resulta suficiente para considerar a sus defendidas como funcionarias públicas, puesto que nunca prestaron servicios ni ejercieron ningún acto propio del cargo que ostentaban.

Al respecto, corresponde aclarar que, conforme destacada doctrina, los funcionarios y empleados de la administración pública se encuentran «vinculados al Estado por una relación contractual de derecho público» (MARIENHOFF, MIGUEL, Tratado de derecho administrativo, T. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 200).

Un sector de la doctrina sostiene que «para el perfeccionamiento del contrato, no es necesaria la toma de posesión del cargo o que se invista al agente de ese estatus» (GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo, T. XIII, Parte General, FDA, Buenos Aires, 2003, pág. 20).

Otro sector entiende que para tal perfeccionamiento es necesario el consentimiento del administrado, y que esa relación contractual «comprende no sólo el acto de nombramiento [por parte de la Administración] y de aceptación [por parte del administrado], sino también el desenvolvimiento, ejecución o cumplimiento de la relación respectiva» (MARIENHOFF, MIGUEL, ob. cit., pág. 200/201).

Ahora, bien cualquiera sea la posición doctrinaria que se adopte, considero que todos los extremos necesarios para la configuración de la relación contractual entre las acusadas y la Municipalidad de Guaymallén se verifican en el caso concreto; y, con ello, la calidad de funcionarias públicas de las acusadas. En efecto, y tal como se anticipó, el acto de nombramiento se encuentra perfectamente individualizado mediante los decretos N° 2206/09, 1127/15, 2053/09, 1526/11 y 424/15 –los que habrían sido emitidos por autoridad competente, conforme dispone el art. 104 de la ley 1079 y su ccte. de la ley 5892–; y, no obstante no haberse acreditado la toma de posesión formal del cargo, puede inferirse que su notificación y aceptación operó de manera tácita mediante la percepción de las sucesivas remuneraciones que la Municipalidad desembolsó periódicamente en su favor, como contraprestación de las funciones públicas que ellas se encontraban obligadas a prestar en forma personal.

En ese sentido, se ha sostenido que «[e]l “consentimiento” del administrado puede resultar tanto del hecho de solicitar el cargo o empleo, como de aceptar el nombramiento; la designación puede ser aceptada en forma expresa o tácita» (MARIENHOFF, MIGUEL, ob. cit., pág. 201).

Por esas razones, resulta evidente que las acusadas ostentaron la calidad de funcionarias públicas en virtud de la relación contractual que existió entre ellas y la Municipalidad de Guaymallén –formalizada mediante su nombramiento y posterior percepción salarial–, permaneciendo en tal condición hasta que presentaron sus renunciaciones –2/11/2015–, las que fueron aceptadas mediante decretos N° 2496/15 y 2497/15 (fs. 11 y 26).

Así entonces, conforme lo expuesto precedentemente, el argumento defensivo referido a que Tornello y Maza no habrían prestado efectivamente las funciones encomendadas, no resulta obstáculo para la

determinación de su calidad de funcionarias públicas, sino que solo tiene incidencia en lo relativo al «desenvolvimiento, ejecución o cumplimiento de la relación respectiva».

Es decir que la circunstancia de que hayan o no efectivamente prestado las funciones o realizado las labores propias del cargo, lo que deberá ser acreditado en la instancia correspondiente, no hace a la determinación previa de su carácter de funcionarias públicas, ya sea que se exija o no el consentimiento para tener por perfeccionada la relación de empleo público.

En definitiva, la conducta investigada en estos obrados es justamente sí, como consecuencia de aquel nombramiento y de cobrar las remuneraciones correspondientes –lo que constituye aceptación tácita de la relación de empleo público–, las acusadas no desempeñaron las funciones que debían prestar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública empleadora.

En función de ello, no cabe ninguna duda que las acusadas Silvia Maza y Ximena Tornello fueron funcionarias públicas desde su nombramiento hasta la aceptación de su renuncia, calidad que opera como causal suspensiva del curso de la prescripción mientras se mantuvo la relación de empleo público.

Desde otro aspecto, no resulta conducente, en relación con la pretensión de la defensa, el argumento según el cual no es necesario ostentar el carácter de funcionario público para la comisión del delito de defraudación a la administración pública, en razón de que sujeto activo de esa figura típica puede ser cualquier persona.

Más allá del acierto, o no de lo señalado, lo cierto es que, como ya expresó, lo que se investiga en estos obrados es si las acusadas, ostentando esa calidad de funcionario público, no la ejercieron conforme sus obligaciones y cobraron sus retribuciones salariales a pesar de ello, defraudando así a la administración pública. Asimismo, el recurrente se agravia por entender que a sus defendidas nunca se les imputó ser funcionarias públicas.

En relación con ello, basta señalar que la calidad de funcionario público no forma parte del tipo penal endilgado, sino que es una cuestión fáctica que formó parte del avoque (fs. 180) y de las imputaciones formales (fs. 194/195 y 199/200) al consignarse que las acusadas ingresaron a la Municipalidad de Guaymallén como personal temporario, mediante los decretos correspondientes, y las posteriores promociones que ambas obtuvieron en ese ámbito.

Es decir que el carácter de funcionarias públicas surgió con nitidez de la plataforma fáctica intimada y fue conocido por las acusadas y sus letrados defensores desde las respectivas imputaciones formales.

Las circunstancias señaladas ponen de resalto que el presente agravio no puede prosperar en esta instancia.

b) Acerca del tipo de delito atribuido

El impugnante sostiene que errado considerar que el hecho investigado es un delito continuado, como consideró el a quo, en tanto no existen varios hechos dependientes entre sí, sino un único hecho calificado como **defraudación a la administración pública**.

Al respecto corresponde señalar que, sin perjuicio de los argumentos desarrollados por la defensa de las acusadas, el juez en función de apelaciones ha dado fundadas razones, para sostener que los hechos investigados constituyen un delito continuado y no un delito instantáneo, como sostiene el recurrente. No obstante, y sin entrar a analizar si le asiste razón al a quo o bien al recurrente en relación a la

caracterización de la figura penal atribuida, entiendo que la cuestión no incide en la solución del planteo traído a consideración de esta instancia, esto es, si la acción penal ejercida en autos continúa vigente.

En ese orden, entiendo que lo nuclear es determinar si las acusadas eran o no funcionarias públicas –tema resuelto en el punto anterior–, puesto que siéndolo, tal condición habría suspendido el curso de la prescripción hasta su cese, tal como dispone el art. 67, segundo párrafo del CP.

En función de ello, el cómputo de la prescripción se encontró suspendido hasta la efectiva renuncia de Maza y Tornello –2/11/2015– y recién desde ese momento comenzó a computarse nuevamente el término de seis años correspondiente al máximo de pena previsto para el delito de defraudación de la administración pública –art. 174, inc. 5 del CP– atribuido a las imputadas.

A su vez, el juez de la instancia previa entendió que el último acto interruptivo fue el llamado a indagatoria que ha ocurrido en el año 2016, por lo que resulta claro que la acción penal seguida en estos obrados no se encuentra prescripta.

Como se advierte, determinar si el delito endilgado es continuo o instantáneo –al menos, en esta oportunidad– no resulta pertinente para la solución del caso, por lo que no resulta oportuno expedirse al respecto. Lo señalado precedentemente conduce al rechazo de la crítica defensiva analizada en este apartado.

c) Vulneración del principio de congruencia

Como último punto de agravio, el recurrente sostiene que la resolución recurrida habría producido una afectación del principio de congruencia, en tanto el juez de apelación introdujo varios hechos calificándolos como delito continuado e introdujo una nueva calificación, esto es, la de funcionario público. Estos cuestionamientos tampoco pueden ser atendidos en esta instancia.

Esto por cuanto, más allá que la calificación jurídica y la plataforma fáctica endilgadas originariamente a Maza y Tornello en nada han variado, lo cierto es que durante la investigación, la plataforma fáctica –y, con ello la calificación legal– pueden variar en función de los elementos de prueba que se incorporen. Esa es la esencia de la etapa de investigación.

Además, durante el debate también es posible la admisión de esas variaciones, de acuerdo a las disposiciones de los arts. 391 y 392 del CPP. El principio de congruencia está previsto para la secuencia sentencia-acusación.

d) Síntesis

En definitiva, considero que la resolución impugnada se encuentra debidamente fundada y que en ella se ha efectuado una correcta aplicación del derecho vigente, sin que se verifique ninguna falencia que amerite su revocación.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios, para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 411/422 de estos obrados por la defensa de Silvia Catalina Maza y Ximena Soledad Tornello y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 348 de estos obrados, dictada por la entonces Octava Cámara del Crimen, de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 17 de junio de 2021.-

6- CASTRO y ot.. 12-07-21

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-		474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210712_FcCastro.pdf

Lex: Art. 172 del CP. Art. 353 inc. 5°, 474, 485 y 203 del CPP (Ley 1908), art. 214 CPC (Ley 2269)

Vox: Estafa procesal. Usucapión. Silencio engañoso. Querellante particular. Ardid. Engaño. Disposición patrimonial perjudicial. Convicción suficiente.

Summa:

El **Tribunal Penal de Menores**, en función de apelaciones, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la querrela contra el auto de sobreseimiento de los imputados del delito de estafa procesal (art. 172 del CP) dictado por el Primer Juzgado de Garantías -4° CJ, por considerar que el término de la investigación se había agotado sin que se hubieran incorporado nuevos elementos de prueba que permitieran avanzar sobre el estado de duda existente.

La **querrela** interpone recurso sosteniendo que la resolución impugnada aplicó erróneamente el art. 353 inc. 5° del CPP y valoró erróneamente la prueba, por lo que la decisión carece de motivación y fundamentación suficiente. Sostiene que los acusados, al momento de iniciar el título supletorio, omitieron dolosamente información respecto de los demandados con el objeto de engañar a la justicia civil a efectos de obtener un fallo favorable. Lo hicieron denunciando que los titulares registrales de las tierras que pretendían usucapir se encontraban inscriptos en un tomo del registro de Tunuyán, folio que estaba destruido, cuando el asiento real se encontraba en otro tomo de ese registro, lo que los acusados conocían. Así indujeron a error al magistrado para que los querellantes no fueran citados al proceso civil.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido dado que no se verifican los errores de aplicación de la ley sustantiva alegados, y que la motivación se desarrolló dentro de los parámetros de la sana crítica racional, sin violación de las reglas procesales que pudieran dar lugar a nulidad.

La **SCJM** admitió el recurso y dispuso casar el auto pronunciado por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial, y en consecuencia hace lugar al recurso de apelación deducido por los querellantes particulares, revocando el sobreseimiento dispuesto por el Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: *Auto que rechaza la apelación contra el auto de sobreseimiento de los imputados del delito de estafa procesal, pronunciado por el Tribunal Penal de Menores - 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Talma Agüero. 18-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180918_FcTAD.pdf
- Rodríguez, Gonzalo

b-CSJN

- Fallos 314:1477. “Don Pedro Emilio Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires->

bourdieu-pedro-emilio-municipalidad-capital-fa25000001-1925-12-16/123456789-100-0005-2ots-eupmocsollaf?

Doctrina citada.

NÚÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, t.IV, Córdoba, Lerner, 1988, p. 301; SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t.IV, Buenos Aires, TEA, 1994.

DONNA, Edgardo A., Derecho penal, parte especial, t. II-B, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 322.

SÁENZ, Juan Ignacio, Derecho de propiedad. Control de razonabilidad de las restricciones. La expropiación, en GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián –coordinadores–, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, t. II, 2016, Buenos Aires, La Ley, pp. 341/342.

CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte especial, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 465.

Parágrafos destacados.

“...En relación con el tipo penal en cuestión, la estafa procesal se trata de una modalidad incluida en el art. 172 del CP que exige -como ha sido afirmado en las anteriores instancias- la verificación de tres elementos típicos: la utilización ardidosa de la jurisdicción que, inducida a error, efectúa un pronunciamiento perjudicial que produce un perjuicio patrimonial...”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente.

(J.A.F)

Fallo:

CUIJ: 13-04770890-1/1((013201-55645)) F. C/ CASTRO EMILIO EDUARDO, MOLINA MARTIN DANIEL, GIANELLA HORACIO CARLOS P/ ESTAFA PROCESAL Y MOLTISANTI ROBERTO P/ PARTICIPE NECESARIO (55645) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104849330*

En Mendoza, a los doce días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04770890-1/1 caratulada “F. c/ CASTRO, EMILIO EDUARDO; MOLINA, MARTÍN DANIEL; GIANELLA, HORACIO CARLOS; MOLTISANTI, ROBERTO; PONT, ALBERTO RICARDO P/ ESTAFA PROCESAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

Los querellantes particulares Ricardo Enrique Luis Lemos y Jorge Roberto Lemos formulan recurso de casación contra la resolución pronunciada por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial por cuanto rechazó el recurso de apelación interpuesto por dicha parte contra el auto dictado por el Primer Juzgado de Garantías de la Cuarta Circunscripción Judicial, que sobreseyó a José Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina, Horacio Carlos Gianella, Rosario Roberto Moltisanti y Alberto Ricardo Pont del delito de estafa procesal (art. 172 del CP) en estos autos N° 55.645/3.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

El auto pronunciado por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial en función de apelaciones (art. 47 del CPP) rechazó el recurso de apelación deducido por los querellantes particulares contra el auto de sobreseimiento dictado a fs. 843/848, por considerar que el término de la investigación se había agotado sin que se hubieran incorporado nuevos elementos de prueba que permitieran avanzar sobre el estado de duda existente. Consideró que el sobreseimiento ordenado en la instancia anterior había sido razonado y producto de una adecuada valoración de todos los elementos de prueba obrantes en el expediente.

2.- Recurso de casación

Los recurrentes alegan que la resolución impugnada aplicó erróneamente el art. 353 inc. 5° del CPP y valoró erróneamente la prueba, por lo que la decisión carece de motivación y fundamentación suficiente.

Explican que en los autos civiles N° 18.685 caratulados «Molina, Martín D. y ots. p/ prescripción adquisitiva» del Primer Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Cuarta Circunscripción Judicial y en segunda instancia ante la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, los acusados habrían inducido a error a los jueces. El ardid consistiría en haber presentado una mensura sobre una superficie de 32.936 hectáreas

por parte del agrimensor Roberto Moltisanti, que se supondría en 15.337 hectáreas con la propiedad de 74.493 hectáreas en Alto Valle del Tunuyán de la cual los querellantes son los únicos titulares registrales y de derechos registrales. Una porción pretendida por los acusados se encontraría dentro de la propiedad de los querellantes.

Se agravian porque los demandantes del título supletorio y el agrimensor afirmaron desconocer quiénes serían los titulares registrales de esa superficie superpuesta, a pesar de que existe un acta notarial del 22/03/2004 de la que surge que los mismos conocían su domicilio y su titularidad sobre la porción del inmueble en cuestión. Los acusados habrían ocultado al Juzgado y a la Cámara quiénes eran los verdaderos titulares registrales, puesto que la familia Lemos tenía inscripción sobre las 15.337 hectáreas reclamadas en el Tomo 28, Foja 295, Asiento 2815 de la segunda inscripción del 30/04/1979 del departamento de Tunuyán.

Los actores del proceso civil habrían denunciado una serie de cesiones de derechos y acciones, que intentaron concatenar en una supuesta adquisición de Francisco y Alfredo Appiolaza. La querella entiende que Castro, Molina y Gianella se valieron de un ardid para hacer incurrir en error al Juzgado, al denunciar que las tierras que pretendían estaban registradas en el asiento 12 del tomo 2 del Registro de la Propiedad de Tunuyán (foja que no existe, aparentemente por haberse destruido), en lugar del asiento 2815 del tomo 28. Mediante este ardid, lograron que no fuera posible determinar quién era el titular de la propiedad en cuestión.

Afirman que la resolución del Tribunal Penal de Menores confirma una decisión que autoriza el apoderamiento ilegítimo de propiedad privada. Consideran que no existe estado de duda respecto de la conducta delictiva de los denunciados, y que hay certeza probatoria sobre la titularidad de las tierras pretendidas por los acusados por parte de los querellantes: los expedientes N° 20.448 y 109.474 por sucesión, copias del Archivo Histórico y Judicial de la Provincia de Mendoza y un acta de adquisición de la propiedad del año 1.823.

Agregan que hay elementos probatorios contundentes respecto del título de dominio de los querellantes sobre las tierras que los denunciados pretenden usucapir: la inscripción en el mencionado tomo 28, Foja 695, Asiento 2815 del registro del departamento de Tunuyán, la matrícula N° 196.925, el plano aprobado y visado por la Dirección General de Catastro y los permisos emitidos por la comisión Nacional de Zonas de Frontera. Sostienen que la errónea valoración probatoria le causa a esa parte una afectación en las garantías de defensa en juicio, debido proceso y derecho a la propiedad.

Impugnan que el estado de duda haya sido colocado en cabeza de la querella y no en las alegaciones de la defensa. Afirman que se han corroborado los elementos de la estafa procesal: fraude, ardid o engaño, prueba falsa y un perjuicio patrimonial.

Explican que la conducta delictiva en que incurrieron los acusados fue omitir dolosamente información con el objeto de engañar a la justicia civil a efectos de obtener un fallo favorable. Lo hicieron denunciando, al momento de iniciar el título supletorio, que los titulares registrales de las tierras que pretendían usucapir se encontraban inscriptos en un tomo del registro de Tunuyán, cuando lo cierto era que 15.337 hectáreas de las 32.936 que pretendían usucapir se encontraban inscriptas en otro tomo de ese registro, lo que los acusados conocían. De ese modo, lograron que los ahora querellantes no fueran citados al proceso civil, y de ese modo indujeron a error al magistrado.

Refieren que como consecuencia de esta maniobra, en los autos civiles N° 18.685 caratulados «Molina, Martín D. y ots. p/ prescripción adquisitiva» del Primer Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Cuarta Circunscripción Judicial se resolvió a fs. 163/166 que los titulares de las tierras pretendidas eran personas inciertas, algo que no era desconocido para el agrimensor Moltisanti ni para los denunciados. Eso condujo a que las citaciones fueran realizadas por edictos, mecanismo que se encuentra previsto para el caso en que los titulares de tierras pretendidas mediante un título supletorio sean desconocidos o de ignorado domicilio, lo que en este caso no ocurría.

Refieren que Moltisanti, Pont, Castro, Molina y Gianella tenían conocimiento documentado desde el 22 de marzo de 2004 de que parte de los terrenos que estaban mensurando para la iniciación del título supletorio eran propiedad de los querellantes.

Explican que la misma situación alcanza a terrenos del Ejército Argentino, lo que motivó una denuncia ante la Justicia Federal que se encuentra en investigación y que podría dar lugar a sentencias contradictorias en el ámbito provincial y nacional.

Solicitan se case la sentencia y se emita un nuevo pronunciamiento de elevación a juicio.

Efectúan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que la impugnación procede formalmente, aunque debe ser rechazada en el fondo.

Lo primero, en tanto se trata de un medio impugnativo típico deducido por una parte legitimada, con interés concreto en su objeto, en tiempo legal correspondiente y con la debida indicación de los puntos de agravio.

Lo segundo, dado que considera que no se verifican los errores de aplicación de la ley sustantiva alegados, y que la motivación se desarrolló dentro de los parámetros de la sana crítica racional, sin violación de las reglas procesales que pudieran dar lugar a nulidad.

Afirma que el rechazo de la apelación fue formal y no ingresó en el fondo de la cuestión, por cuanto transcurrió el término de la prórroga extraordinaria de la investigación que prevé el CPP ley 1.908, tras lo cual el sobreseimiento opera de pleno derecho.

Señala que el Tribunal Penal de Menores revocó por contrario imperio el sobreseimiento de fs. 758/761, ordenando al Juez de Garantías que se expidiera nuevamente valorando la pericia de fs. 799/800. Esa valoración fue efectuada en la decisión de fs. 843/848, donde nuevamente se sobreseyó a los imputados y partícipes en función del tiempo transcurrido por vencimiento del plazo de la instrucción formal y por no haber elementos suficientes para elevar la causa a juicio (art. 350 del CPP ley 1908).

En apelación se rechazó formalmente el recurso por haber operado de pleno derecho el vencimiento de la prórroga extraordinaria de la instrucción, pero también se analizó la resolución del Juez de Garantías y se consideró que la misma se encontraba debidamente fundada.

En esa resolución el juez respondió a los agravios de los querellantes, y afirmó que no existía prueba suficiente para determinar que los imputados hubieran tenido conductas ardidosas para con la juez civil en el proceso por el título supletorio, valorando especialmente la pericia de los documentos aportados (fs. 799/800), que concluye que los mismos no son apócrifos.

Sobre el supuesto ocultamiento por parte de los denunciados acerca de quiénes eran los titulares de la porción de terreno en disputa, expresó el juez que el agrimensor elevó todas las oposiciones a la mensura,

incluyendo la del querellante, y que las mismas fueron resueltas por la jueza civil. El ocultamiento no sería tal porque el Tribunal civil tuvo conocimiento del acta por ante escribano esgrimida por los querellantes. Por tales motivos, aconseja el rechazo del recurso de casación planteado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que por los motivos que serán expuestos en lo sucesivo a mi juicio corresponde acoger la impugnación planteada.

A los efectos de arribar a una solución debidamente justificada, en primer lugar reconstruiré los hechos acusados a José Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina, Horacio Carlos Gianella, Rosario Roberto Moltisanti y Alberto Ricardo Pont (a). Luego repasaré los principales actos procesales que concluyeron con el dictado del auto que confirmó el segundo sobreseimiento pronunciado en este caso y que es aquí recurrido (b). Seguidamente analizaré la procedencia de los agravios manifestados por los querellantes particulares (c).

a-Hechos acusados

a.- Tal como han sido consignados en el auto de sobreseimiento pronunciado por el entonces Primer Juzgado de Garantías de la Cuarta Circunscripción Judicial –confirmado por el Tribunal Penal de Menores–, a los acusados se atribuye el hecho según el cual «[en] fecha 6 de diciembre de 2.005, el Dr. Ricardo Pont, invocando ser representante de Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina y Horacio Carlos Gianella, y luego siendo ratificada dicha presentación, lograron la resolución a favor de los nombrados mediante sentencia en autos N° 18.685, caratulados “MOLINA MARTÍN D. Y OTS. POR TÍTULO SUPLETORIO” del Primer Juzgado Civil de Tunuyán, y en segunda Instancia ante la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil de Mendoza (Expte. N° 43.971) con fecha 27 de diciembre de 2012».

«En dichos autos se solicitó título supletorio sobre una superficie de 32.936,1270 mts² en base a una mensura efectuada por el Agrimensor Roberto Moltisanti, matrícula N° 1185, aprobada el 28 de junio de 2.005, con nomenclatura catastral N°15-08-88-3200 703317, inscrita en el Registro de la Propiedad Raíz, en el Tomo II, foja N° 12 de Tunuyán.- Según los denunciados dicha porción se superpone en una superficie aproximada de 15.337 has.- sobre el Alto Valle del Tunuyán, del cual los mismos y otros familiares de ellos, son los únicos titulares registrales y de derechos hereditarios sobre la totalidad del inmueble rural que abarca una superficie de 74.493 has.- con 9.259,12 mts²».

«Los demandantes civiles: CASTRO, MOLINA y GIANELLA, representados por el hoy imputado Ricardo Pont aludieron desconocer a sus titulares y sus respectivos domicilios, por lo que la demanda fue notificada por edictos. Sin embargo, los presentantes de fs. 1/6, expresaron que el 22 de marzo de 2004, se reunieron en calle Los Patos 1300, Dorrego, Guaymallén, Mendoza en el domicilio de Emilio Eduardo Castro, lugar en donde –conforme prueba testimonial recibida- habría estado presente el hoy sospechado Ricardo Pont, donde concurrieron miembros de la familia Lemos y se opusieron a la mensura del lugar denominado Lomas Blancas o La Loma Blanca, acompañando documentación que acredita la titularidad y posesión de todo el Alto Valle del Tunuyán, según publicación edictal publicada en el Diario Los Andes de fecha 15 de marzo de 2.004, conforme expediente N° 12.572, Letra C, año 2006. Lo cual acreditan con el acta notarial Serie I N° 003447220, efectuada por la Escribana Celia Fernanda González Madrera.- (ver fotocopia de fs. 49/51 vta.)».

«También se labró en ese momento el acta notarial Serie I N° 0035399, el 22 de marzo de 2.004, respecto del expediente N° 12.571, Letra C, año 2002 de la Dirección Provincial de Catastro, en relación a El Peñón, oponiéndose también a su mensura.- (ver fotocopia de fs. 45/47 vta.).- En dichas actas se consigna la presencia de Emilio E. Castro, Martín D. Molina y del Agrimensor Roberto Moltisanti».

«Asimismo se ha denunciado que Castro, Molina y Gianella, representados por Pont, se valieron de un ardid al denunciar que las tierras sobre las que pretendían el título supletorio se encontraban registradas en el asiento N° 12 del Tomo II del Departamento de Tunuyán, cuando esa foja no existe, de conformidad con lo informado a fs. 157 de los autos N° 18.685 del Primer Juzgado Civil de Tunuyán.- Agregaron los denunciados que el fraude cometido por Castro, Molina y Gianella consiste en denunciar como titulares registrales de las tierras pretendidas a Narciso, Juan, Matilde, Ramón y Eliserio Videla, lo que no surge de ninguna prueba cierta y con conocimiento cierto por parte de los nombrados, que los titulares registrales de parte (15.337 has.) de las tierras pretendidas son otros, lo que consta en el asiento Tomo 28 fs. 695 de Tunuyán, y no en el asiento N° 12 del Tomo II del departamento de Tunuyán. Por lo que la participación del imputado Pont fue necesaria toda vez que, el mismo en representación de los restantes imputados, ocultó datos precisos que el mismo contaba desde el 22 de marzo de 2.004» (fs. 843 vta./844).

Esta resolución fue apelada por los querellantes y confirmada en la instancia de apelación.

b-Sobreseimiento

b.- Por otra parte, es relevante tener presente que este procedimiento iniciado con la denuncia de Ricardo Enrique Luis Lemos y Jorge Roberto Lemos el 03/07/2015 ha sido objeto de numerosos pronunciamientos en torno al mérito de la prueba.

Así, el 25/09/2015 el entonces juez de instrucción se avocó a la investigación de los hechos por el posible delito de estafa procesal (art. 172 del CP) y citó a Castro, Molina y Gianella a prestar declaración indagatoria (fs. 93). El 28/03/2019 se dispuso imputar como partícipe del delito de estafa procesal a Roberto Moltisanti (fs. 178).

Posteriormente, el 10/03/2017, el Juez de Instrucción ordenó el procesamiento de Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina y Rosario Roberto Moltisanti, y consideró que había falta de mérito en relación a Horacio Carlos Gianella. Además, imputó a Ricardo Pont la participación en el delito de estafa procesal (fs. 426/441 vta.).

Para fecha 19/10/2017 la entonces Octava Cámara del Crimen revocó el procesamiento de Castro, Molina y Moltisanti por considerar que su situación era encuadrable en el art. 310 del CPP, ley 1.908, es decir, porque no encontró mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco sobreseer, sin perjuicio de que continuara la investigación. Dispuso, asimismo, una prórroga de la instrucción de seis meses (fs. 672 y vta.).

Para fecha 03/05/18 el Juzgado Penal sobreseyó a Castro, Molina, Gianella, Pont y Moltisanti del delito de estafa procesal (art. 172 del CP), por haberse agotado el plazo de instrucción sin que se incorporasen nuevas pruebas que modificaran el mérito alcanzado (fs. 758/761).

La decisión fue impugnada, y el 17/10/2018 el tribunal en función de apelación, revocó ese sobreseimiento, por haberse dispuesto sin valorar una pericia que se encontraba pendiente de producción al momento del vencimiento de la prórroga (fs. 839).

El 09/11/2018 el Juzgado Penal se pronunció nuevamente, incluyó la valoración de la prueba pericial en cuestión y sobreseyó a los acusados (fs. 843/848).

Esa decisión fue **confirmada por el tribunal** en función de apelación el 22/02/2019, por considerar que no era formalmente posible ingresar en la valoración probatoria, puesto que se habían vencido los plazos para la investigación (fs. 876).

c- Agravios

c.- Corresponde ahora ingresar en el tratamiento de los agravios manifestados en autos.

Para ello sintetizaré la posición de los recurrentes (c.1), analizaré los elementos típicos del delito de estafa en cuestión (c.2), revisaré los argumentos sostenidos por el juez que dictó el sobreseimiento (c.3), explicaré por qué -a mi juicio- tales razones no son atendibles (c.4) y, finalmente, concluiré que el grado de acreditación alcanzado impide descartar la existencia del delito de estafa procesal y aconseja el avance de la causa (c.5).

Posición de los recurrentes

c.1.- Tal como surge de la reseña del recurso efectuada antes, los querellantes particulares se agravan de la fundamentación del sobreseimiento y cuestionan la valoración de la prueba.

Principalmente, sostienen que no se valoró correctamente la prueba instrumental que acredita que los acusados conocían el domicilio de Ricardo y Jorge Lemos, su oposición a la mensura pretendida y la prueba instrumental que acredita registralmente su titularidad.

En base a esto, cuestionan el razonamiento jurisdiccional según el cual los extremos típicos del delito de estafa procesal no se encontrarían acreditados.

En cuanto al **ardid o engaño**, consideran que estaría dado por la omisión de los acusados de poner en conocimiento al Juzgado civil de la oposición a la mensura para «forzar» una citación edictal improcedente.

El **error de la jueza** habría radicado en no considerar como contraparte del juicio de usucapión a los querellantes. El perjuicio patrimonial estaría vinculado con la pérdida de su derecho, que los querellantes consideran apoyado en diversas pruebas: los expedientes N° 20.448 y 109.474 por sucesión, copias del Archivo Histórico y Judicial de la Provincia de Mendoza, un acta de adquisición de la propiedad del año 1.823, la inscripción en el mencionado Tomo 28, Foja 695, Asiento 2815 del registro del departamento de Tunuyán, el plano aprobado y visado por la Dirección General de Catastro y el permiso emitido por la comisión Nacional de Zonas de Frontera.

Elementos típicos del delito de estafa

c.2.- En relación con el tipo penal en cuestión, la estafa procesal se trata de una modalidad incluida en el art. 172 del CP que exige -como ha sido afirmado en las anteriores instancias- la verificación de tres elementos típicos: la **utilización ardidosa de la jurisdicción que, inducida a error, efectúa un pronunciamiento perjudicial que produce un perjuicio patrimonial**.

Es decir, los elementos típicos de esta figura son existencia de un ardid o engaño, un error en un juez causado por ese ardid y una disposición patrimonial ocurrida a consecuencia de ello.

En cuanto al **ardid**, suele exigirse que el mismo sea **idóneo para causar un error**. No cualquier conducta puede ser calificada como ardid, sino que es necesario que tenga cierta capacidad de engañar. En este caso ha de determinarse si la omisión de aportar información a un proceso judicial puede constituir un «ardid» en estos términos.

En términos generales la doctrina considera que esto es posible y ha sostenido que el engaño puede realizarse tanto por acciones como omisiones y que el **silencio engañoso** puede configurar un caso de estafa por omisión cuando implica la violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla (**conf. NÚÑEZ, Ricardo C.**, Tratado de Derecho Penal, t. IV, Córdoba, Lerner, 1988, p. 301; SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1994).

En particular, la modalidad procesal de la estafa requiere que la víctima del engaño sea un juez, que en base a ello emita una decisión dispositiva de propiedad perjudicial para la contraparte o un tercero. La doctrina lo describe como «estafa en triángulo», porque la víctima del engaño es el juez y el ofendido por la estafa es la persona a quien afecta la sentencia o resolución judicial (**DONNA, Edgardo A., Derecho penal, parte especial, t. II-B, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 322**).

El fraude debe radicar en los elementos relevantes para motivar la decisión del juez (**NÚÑEZ, ob. cit., p. 309**) y así –por ejemplo– se ha considerado que iniciar juicios laborales señalando domicilios falsos de la parte demandada para que no pudiera defenderse y fuera declarada en rebeldía es un caso de estafa procesal (v. **D´ALESSIO, Andrés, Código Penal comentado y anotado, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 465**; en el mismo sentido en el marco de un proceso civil, CNACC, Sala V, sentencia del 25/04/2013, «J.M. s/estafa procesal»).

La jurisprudencia destaca también que no es determinante la posibilidad de que el engaño pudiera haberse evitado con un concienzudo contralor procesal por parte del juez (v. **D´ALESSIO, cit., p. 464**).

Para determinar si existen elementos de prueba que permitan afirmar -con el nivel de certeza propio del estado procesal por el que transita la causa- que habría existido un ardid idóneo en el caso, previamente es necesario establecer si la eventual omisión de mencionar en el proceso civil a los ahora querellantes de las presentes actuaciones -tal la maniobra denunciada- constituiría la violación de un deber jurídico de incluirlos en su demanda.

Considero que de los elementos obrantes en la causa se puede sostener que ese deber habría existido en cabeza de los acusados.

Según el Código Procesal Civil de Mendoza vigente entonces (ley 2.269) existía un deber genérico de individualizar a los demandados en el proceso civil, conforme al art. 165 inc. 2, que disponía que las demandas debían incluir -además de otros requisitos- el «[...] [n]ombre y domicilio del demandado, si fueren conocidos. De lo contrario, las diligencias realizadas para conocerlos, los datos que pueden servir para individualizarlos y el último domicilio conocido».

Este deber general es concretado por la ley 14.159, que dispone que los demandados en este tipo de procesos deben ser los titulares registrales: «[e]n el juicio de adquisición de dominio de inmuebles por la posesión continuada de los mismos (art. 4015 y concordantes del Cód. Civil), se observarán las siguientes reglas: a) El juicio será de carácter contencioso y deberá entenderse con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias del Catastro, Registro de la propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. Si no se

podiera establecer con precisión quien figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los códigos de Procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas; b) Con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción [...]» (art. 24, ley 14.159).

Ambas normas relegan la notificación por edictos para el caso en que no se conozca a los titulares registrales o las personas con derechos sobre el inmueble, lo que también refuerza el art. 214 del CPC vigente entonces que disponía «[l]a demanda para obtener la declaración de dominio por usucapión si se desconociera el nombre y domicilio del propietario, se notificará por edictos en la forma prescripta en los arts. 69 y 72, diez veces a intervalos regulares durante cuarenta días, citando a todos los que se consideren con derechos sobre el inmueble [...]».

De manera que es posible concluir que, si los actores habrían conocido a los titulares registrales de las distintas partes del predio cuya prescripción adquisitiva reclamaban, tenían la obligación jurídica de denunciarlos en el proceso civil; por lo que, en principio, la omisión de tal obligación es susceptible de constituir un ardid típico del delito de estafa procesal.

analizaré los elementos típicos del delito de estafa en cuestión (c.2), revisaré los argumentos sostenidos por el juez que dictó el sobreseimiento (c.3), explicaré por qué -a mi juicio- tales razones no son atendibles (c.4) y, finalmente, concluiré que el grado de acreditación alcanzado impide descartar la existencia del delito de estafa procesal y aconseja el avance de la causa (c.5).

Auto de sobreseimiento.

c.3.- Veamos ahora la valoración probatoria desarrollada por el juez en su auto de sobreseimiento. De acuerdo con la hipótesis acusatoria, los demandantes civiles, su representante legal y el agrimensor que realizó la mensura omitieron dolosamente incluir a Ricardo y Jorge Lemos entre los demandados, a pesar de que sabían que existía una inscripción registral en su nombre por parte de los terrenos reclamados. Los demandantes civiles fueron imputados a título de autores, mientras que el representante legal y el agrimensor a título de partícipes necesarios.

Ahora bien, según la resolución obrante a fs. 843/848 no se encuentra acreditado un ardid doloso, puesto que: i) el agrimensor Moltisanti acompañó las oposiciones de Ricardo y Jorge Lemos en el expediente de Catastro; ii) según la pericia de fs. 799/800, no se habían demostrado falsedades instrumentales; iii) en el expediente de Catastro N° 0012572 se encuentra la oposición de Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos a la mensura realizada por Moltisanti (fs. 854 y vta.).

El juez también tuvo en cuenta otras circunstancias vinculadas a la eventual idoneidad del ardid y a la existencia de error: i) que la jueza de primera instancia civil que se pronunció sobre la demanda llegó a conocer la oposición de los aquí querellantes y la incluyó en su sentencia, ii) que el proceso «[...] habría contado con la publicidad necesaria a fin que las partes pudieran ejercer, en tiempo oportuno los derechos que cada una de ellas pretendía [...]», y iii) que la propia magistrada civil dejó sin efecto el llamamiento de autos para resolver, para pedir previamente un informe a Catastro sobre las oposiciones formuladas (fs. 846).

En punto al **perjuicio patrimonial**, el juez descartó que los denunciados tuvieran un derecho que pudiera haberse visto afectado por la sentencia civil.

Explicó que Roberto y Jorge Lemos invocaron como título de propiedad un permiso expedido por la Comisión Nacional de Zona de Fronteras cuya validez se encuentra cuestionada, puesto que el organismo en cuestión informó que no tenía registros -de las fechas de las que se le requirió informe- de haberlo expedido.

Tampoco el Registro Público otorgó relevancia al documento y al asiento registral invocado por los querellantes, porque se trataría de un asiento en violación de la Ley Orgánica de Tribunales que regula la inscripción de la propiedad inmueble (fs. 846 vta.). Concluyó que no podía sostenerse que los denunciados hubieran sufrido un concreto daño patrimonial.

Valoración probatoria errónea por el TPC.

c.4.- Como anticipé, considero que asiste razón a los recurrentes respecto a que la valoración probatoria realizada por el entonces juez de instrucción -y confirmada en la instancia de apelación- es errónea.

A mi criterio, las consideraciones realizadas por el juez en su segundo sobreseimiento, y convalidadas tras el rechazo del recurso de apelación, no son suficientes para afirmar que existe el grado de duda insuperable que debe conducir al sobreseimiento, sino que -por el contrario-, la prueba reunida permite sostener la existencia de elementos de convicción suficientes para sustentar la hipótesis acusatoria esgrimida por los querellantes, con el grado de probabilidad propio de la etapa procesal transitada.

En otras palabras, las pruebas incorporadas al proceso son suficientes para eventualmente proseguir el proceso y dilucidar la cuestión en un juicio oral y público.

En anteriores oportunidades me he expedido en relación con los distintos y progresivos grados de convicción que exige el debido proceso para dilucidar la posible existencia de delito.

El procedimiento penal exige que, a medida que el proceso avanza, los argumentos tengan cada vez mayor poder explicativo de los fenómenos que se pretenden acreditar -esto es lo que he llamado «niveles ascendentes de probabilidad delictiva» en otros precedentes-.

Así, en los momentos iniciales es suficiente un poder explicativo moderado: motivos bastantes para sospechar. Al elevarse la causa a juicio, ese poder explicativo se incrementa, y se requieren elementos de convicción suficientes.

Finalmente, el Código Procesal Penal es claro al asignar a la decisión condenatoria el deber de contar con el mayor poder explicativo posible, al punto tal que en caso de duda -es decir, cuando el poder explicativo se ve menguado obliga a absolver al acusado (ver al respecto, «**Talma Agüero**», «**Rodríguez, Gonzalo**», entre otros).

Esta progresividad responde a las garantías constitucionales y convencionales que estructuran el modo en que definimos el debido proceso que debe preceder a toda declaración de responsabilidad penal e imposición de una pena.

En este orden, si durante la investigación (o instrucción, cuando era de aplicación el CPP ley 1.908) existe un estado de incertidumbre insuperable, corresponde el sobreseimiento (art. 353, inc. 5 del CPP, ley 6.730; art. 350 del CPP, ley 1.908). De igual modo, si el estado de duda existe luego del juicio, al momento de la sentencia, corresponde entonces la absolución.

Ahora bien, disiento con la valoración de pruebas que realizado por el juez que intervino en primera instancia, en tanto un examen detallado de las constancias obrantes en el expediente conduce a apartarse de su modo de justipreciar el mérito probatorio.

En primer lugar, el hecho de que Moltisanti haya acompañado las oposiciones de Ricardo y Jorge Lemos en el expediente de Catastro no permite desestimar el ardid doloso, como afirmó el juez, puesto que la estafa procesal en estudio habría tenido lugar en sede judicial y no en sede administrativa.

Que el expediente administrativo donde se presentaron las oposiciones haya o no sido incorporado luego al proceso civil como prueba es una cuestión diferente, que en nada justificaría, de así acreditarse, la omisión -al momento de interponer la demanda- de presentar a las contrapartes que por ley corresponde en un proceso por título supletorio.

Por otra parte, debe tenerse presente que a Moltisanti se lo acusa en calidad de partícipe, mientras que los autores del delito de estafa procesal habrían sido Molina, Castro y Gianella. Esto resulta relevante puesto que la eventual inexistencia de dolo en uno de los partícipes -de aceptarse esa tesis tampoco resultaría suficiente para descartar la existencia de un ardid doloso en los autores, puesto que lo segundo no depende lógicamente de lo primero. Lo que, en todo caso, puede contribuir a dilucidar la conducta de Moltisanti ante la Dirección de Catastro es su grado de participación en la estafa.

Tampoco comparto con el juez de primera instancia que la pericia obrante a fs. 799/800 permita descartar la existencia de un ardid. La pericia en cuestión, ordenada a fs. 501 y ampliada a fs. 549, solicitó la comparación entre las copias certificadas agregadas al expediente civil N° 18.645 a fs. 44/58, con sus originales obrantes a fs. 1/5 del expediente de Catastro N° 12.572.

Entre las conclusiones de la pericia en cuestión puede leerse que «b) En el caso de los autos N° 18685, caratulados “Molina Martín Daniel y ots. p/ Título Supletorio” se determinó lo siguiente: [...] El contenido de la fotocopia que rola a fs. 45, se corresponde con el anverso de fs. 1, tomado como base. En el reverso de esta última, no se encuentra reproducido el reverso de aquella. Sólo se observa en el margen izquierdo, mínima parte de una reproducción fotostática.

La impresión de sellos es parcial, ya que en la fs. 45 se observan sellos con fecha 23 DIC. 2002 en la parte superior e inferior, faltando los restantes sellos que se visualizan a fs. 1, del Expte. tomado como base [...]» (fs. 799 vta.). Luego esto es reafirmado, ya con base en el contenido del expediente de Catastro N° 12.572: «[...] Expte. N° 0012572.- La fs. 1 del referido Expte., no responde en su contenido del anverso con relación a la respectiva, tomada como base.

En la misma, se observan diferencias descriptivas en la ubicación Campo La Loma Blanca, Límites: Norte Juan M. Bascuñan, Avero y otros, Sur Camino Nacional a Chile, Este Cordón del Portillo, Oeste Río Tunuyán, Supe. S/m 6410 ha. 6543 m. (s/plano N° 57), con relación a anverso de la fs. 1, del Expte. tomado como base. Los datos del reverso coinciden con la tomada como base»; y luego la pericia refuerza que del cotejo entre originales y copias resultaban diferencias, al señalar que salvo la mencionada, las demás «[...] fs. 2, 3, 4 y 5 del mencionado Expte., sí responden a los respectivos contenidos de fs. 2, 3, 4 y 5 del Expte. tomado como base 0012571» (v. fs. 800).

De manera tal que no puede -no al menos sin un examen más detallado propio de la etapa de debate- afirmarse que la pericia obrante a fs. 799/800 descartara la existencia de falsedades instrumentales. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la relevancia de esta prueba para la suerte del proceso no es central,

puesto que no se requiere la existencia de una falsedad instrumental para la existencia del ardid o engaño, que en el caso estaría basado en la omisión de colocar como contraparte de la demanda -y de informar en esa oportunidad- la existencia de titulares registrales de parte del inmueble que se pretendía usucapir.

En nada afectaría a esto -permítaseme reiterar- que en el expediente catastral 12.572 se encuentre la oposición de Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos a la mensura realizada por Moltisanti.

Este dato no sólo no resultaría suficiente para descartar la existencia de una maniobra engañosa en sede judicial, sino que además no sería suficiente para descartar la idoneidad del engaño, puesto que el proceso civil no sólo requiere que la jurisdicción «pueda tener acceso» a una pieza probatoria -el expediente catastral- que podría evitar el error, sino que exige que la demanda sea entablada contra los titulares registrales, que deben poder tomar parte en el proceso desde su inicio.

Será entonces el debate la oportunidad donde deberá eventualmente dilucidarse si esto no habría ocurrido a consecuencia de un ardid por parte de los acusados, dirigido a que no se notificara concretamente a quienes se habían opuesto a la mensura y, de ese modo, forzar la citación edictal respecto de ellos.

En segundo lugar, tras descartar argumentos del juez de la primera instancia en punto al ardid, corresponde ocuparnos de las consideraciones que realizó en torno a la idoneidad de ese engaño y al efectivo error judicial. Adelanto que tampoco en estos puntos acierta la resolución.

Por una parte, no puede convalidarse en esta instancia la afirmación según la cual no existió un error, puesto que la jueza civil llegó a conocer la oposición en cuestión y la incluyó en su sentencia. En su resolución, a fs. 846 cita dos fragmentos de la sentencia civil de los que, según entiendo, deriva conclusiones infundadas.

El primero de esos fragmentos expresa: «...De los actuados agregados en copia en autos, N° 12.571-C-2002 surge el Acta de Constatación solicitada por el Sr. Emilio Eduardo Castro,... parte del inmueble consignado a fs. 12 del Tomo 2 de Tunuyán, es inexistente, no se encuentra encuadrado en el tomo...no es propietario desconocido como se manifiesta a fs. 1...se publican edictos por Roberto Moltisanti, Agrimensor, los que dan cuenta que mensurará aproximadamente 333.378.760 m2 del Campo denominado el Peñón» (los puntos suspensivos corresponden a la sentencia civil original).

Ahora bien, así citada, pareciera que la jueza civil advirtió que la demanda omitió identificar a Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos, lo que no sería correcto.

En efecto, si se compulsula la sentencia civil (disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=2341045969>) se advierte que la cita continúa con alusión a Narciso, Juan, Matilde, Ramón y Eliserio Videla: «[...] 333.378.760 m2 del Campo denominado El Peñón, según Plano de derecho de condominio de Narciso, Juan, Matilde, Ramón y Eliserio Videla de propietario desconocido pretendido por Emilio Eduardo Castro (v. fs. 49)» (el destacado me pertenece). Esto permitiría advertir dos puntos: que en su demanda los actores habrían afirmado que el terreno era de propietario desconocido, y que con la interposición de la demanda la jueza no podía conocer la existencia de oposiciones a la mensura (de las personas Lemos, ni del Ejército

Argentino) ni el asiento registral que Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos invocaban en defensa de su derecho.

La segunda cita de la sentencia civil invocada por el juez penal es la siguiente, textual: «...A lo expuesto se agrega que el instrumento consigna que por Resolución 162/15, art. 1, se admite las oposiciones planteadas por el Estado Nacional Argentino- Ejército Argentino, por los Sres. Ricardo Enrique Lemos, Jorge Roberto Lemos, Adriana Beatriz Lemos, Marta Arcelia Lemos y Roberto Álvaro Lemos, éste por Roberto Lemos Quiroga... y las superposiciones gráficas informadas por el Departamento de Mensuras a fs. 79...a nombre de Facundo Alvarado y otros y de Federico Dumas (Denominado Campo El Cepillo)» (los puntos suspensivos corresponden a la sentencia civil original).

Una vez más, la cita contextualizada del fragmento citado por el juez permitiría, al momento, sostener que la jueza civil no tuvo conocimiento del asiento registral a nombre de Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos por una fracción del terreno reclamado: «[...] Al respecto en la causa ventilada ante la Dirección Provincial de Catastro en el año 2002, se desvirtúan las afirmaciones del Agrimensor Moltisanti por Asesoría Letrada por entenderlas como suposiciones respecto de los antecedentes dominiales... aspecto que da origen a la presentación de una rectificatoria... de la que como afirma la Dirección Provincial de Catastro la superposición no mantenida se desvanece... habiéndose emitido una enmienda, como se explicitó.-

En este contexto el Plano sustento de la litis de trato, resulta visado conforme a la normativa vigente, con el aditamento que los datos contenidos son de responsabilidad del profesional actuante.- A lo expuesto se agrega que el instrumento consigna que por Resolución 162/15, art. 1, se admite las oposiciones planteadas por el Estado Nacional Argentino- Ejército Argentino, por los Sres. Ricardo Enrique Lemos, Jorge Roberto Lemos, Adriana Beatriz Lemos, Marta Arcelia Lemos y Roberto Alvaro Lemos, éste por Roberto Lemos Quiroga... y las superposiciones gráficas informadas por el Departamento de Mensuras a fs. 79... a nombre de Facundo Alvarado y otros y de Federico Dumas (denominado Campo El Cepillo).- Elementos que en principio, estimados en conjunto dejaron en estado de hesitación respecto de la extensión del Campo pretendido y sus límites; sin dejar, en el marco de los fines expuestos, de tener en cuenta las voces que tratan a los inmuebles no divididos como cosa indivisa (Salas- Trigo Represas- López Mesa, Código Civil- anotado, 4-B, Ed. Depalma, p. 20/1), por que aún así no les alcanza la presunción del propietario.- Lo dicho, más la circunstancia de tratarse de un campo abierto que dificulta considerar la cuestión limítrofe; sin embargo, se agrega como aditamento inescindible el informe de la rectificatoria adoptada por la Dirección Provincial de Catastro, conforme se anticipó, más lo expuesto respecto a las superposiciones por la misma entidad pública responsable.- Desvirtuadas las oposiciones.-» (el uso de puntos suspensivos corresponde al original).

De acuerdo a lo señalado puede afirmarse que, con la compulsas del expediente de Catastro, la magistrada civil habría podido tomar conocimiento -y valoró a los efectos de su decisión- de la oposición que no había sido informada en la demanda civil (v. fs. 61/65 del expte. N° 18.685) y ello en relación solamente con los límites del terreno reclamado. Sin embargo, no habría tenido conocimiento de la inscripción registral invocada por Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos.

Corresponde destacar que las consideraciones realizadas no eran desconocidas para el juez de la primera instancia, puesto que en su resolución de fs. 426/441 vta. valoró los mencionados fragmentos de la

sentencia civil en sentido incriminante (fs. 434 vta./435vta.), pero en el auto de sobreseimiento impugnado no explica las razones por las cuales modificó su posición.

Más allá de esto, el entonces juez de instrucción enfatizó que la magistrada civil dejó sin efecto el llamado de autos para sentencia para, previamente, pedir un informe a Catastro. Esta afirmación corre del foco la clave del comportamiento atribuido a los acusados. De tal manera que en la resolución aquí cuestionada no se explica la relevancia vinculada a que la jueza conociera de las oposiciones realizadas a la mensura, no por las oposiciones mismas, sino principalmente porque éstas se apoyaban en una inscripción registral que habría determinado que los aquí querellantes pudieran ser convocados como demandados en el juicio civil. Se trataría entonces que Ricardo y Jorge Lemos no fueron llamados al juicio civil que, según la ley 14.159, debía entablarse contra ellos.

De acuerdo con los elementos que obran en la causa al momento el error de la magistrada se habría logrado mediante el engaño consistente en omitir mencionar a los ahora querellantes en la demanda civil y, así, forzar la citación por edictos que no procedía respecto de ellos, sino de las personas desconocidas o de ignorado domicilio. Por esta razón, tampoco es correcta la conclusión según la cual el proceso civil habría contado con la publicidad necesaria para que las partes pudieran ejercer, en tiempo oportuno, los derechos que pretendía.

Este error no podía ser subsanado tampoco con la solicitud de informe por parte de la jueza al Registro de la Propiedad, puesto que los demandantes habían denunciado otro asiento del registro - correspondiente a la fracción del terreno que pretendían usucapir que era propiedad de Narciso, Juan, Matilde, Ramón y Eliserio Videla- de modo que la solicitud de informe en referencia a tal propiedad sería insuficiente para evitar el error de la jueza civil.

Dicho en términos claros, la maniobra o ardid habría consistido en no mencionar en el proceso civil el conocimiento que los acusados tenían de la pretensión dominial de los denunciados.

A su vez, que en el plano acompañado a fs. 4 de los autos civiles 18.685 consten las oposiciones a la mensura realizadas por el personal del Ejército Argentino y por miembros de la familia Lemos, no obstaría al ardid, que surgiría de los términos del escrito de demanda de fs. 61/65 -donde no se menciona a Ricardo Enrique Luis Lemos, Jorge Roberto Lemos, Marta Arcelia Lemos, Adriana Beatriz Lemos y Roberto Álvaro Lemos ni al asiento registral que éstos habían invocado-. El ardid se patentiza con el acta de mensura (fs. 50) y la rectificatoria (fs. 56/58) donde se omite toda mención a los denunciados.

En tercer lugar, y por último, deben desestimarse las consideraciones del juez de la primera instancia respecto de la inexistencia de perjuicio patrimonial. La alegación defensiva a la que el juez penal hizo lugar afirma que no podía sostenerse que la sentencia causara un daño en el patrimonio de los denunciados, puesto que éstos realmente no tenían un derecho que pudiera verse afectado.

El argumento agrega una crítica hacia los títulos en que se asentaría ese «pretense derecho»: tanto hacia la pertinencia del asiento registral invocado por los querellantes, como a la existencia real de un permiso emitido por la Comisión Nacional de Zonas de Frontera.

Ese razonamiento es impertinente y erróneo. Por una parte, es impertinente porque la legitimidad del derecho invocado por los querellantes no tiene ninguna relevancia para determinar si debían o no ser citados en el proceso civil.

La extensión o existencia de su derecho puede ser cuestionada en sede judicial, pero ello no quita que existiría un asiento registral a nombre de Facundo Álvaro Lemos, Saúl Lemos, Roberto Lemos y de la persona jurídica «Negocios, Administración y Gestión S.A.», que debería activar la obligación –en principio omitida– de entablar la demanda en su contra.

No corresponde al Registro de la Propiedad ni a la Dirección de Catastro determinar la validez jurídica de las pretensiones de los ahora querellantes, sino a la justicia civil.

Así lo aclara expresamente la Disposición Registral N° 26 aportada por la defensa a fs. 652, y lo declaró la Directora General de Catastro en su testimonio obrante a fs. 533/535. Y, precisamente, esto sería lo que se impidió en el proceso por título supletorio en cuestión.

Por otra parte, el argumento es erróneo porque asume un concepto de propiedad restringido. La doctrina afirma al respecto que «[...] la defraudación constituye un ataque a la propiedad que se configura en un detrimento patrimonial. Éste puede abarcar cualquiera de los elementos que integran el concepto de propiedad en el derecho penal: la tenencia o posesión valiosa, el dominio, el lucro que se espera de una actividad propia (p.ej., valor del trabajo o servicio) o de la atención de un crédito, las seguridades constituidas por un embargo o por un documento liberatorio de una deuda, etcétera. Los objetos de la estafa, son, pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la completitud del patrimonio atacado en el momento de la conducta estafatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato), o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros en favor del patrimonio» (CREUS, Carlos, **Derecho Penal**, Parte especial, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 465).

Conviene recordar que la propiedad es un derecho reconocido y protegido constitucionalmente (conf. arts. 14 y 17 CN, 21 CADH) y no se limita a la protección de los bienes patrimoniales y al poder usarlos y disponer de ellos con libertad (siempre de un modo no absoluto y sujeto a las limitaciones que impone el interés social). El concepto constitucional de propiedad es amplio y ha sido definido por la CSJN en el caso «Don Pedro Emilio Bourdieu c. Municipalidad de la Capital» como comprensivo de «[...] todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derecho subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo» (CSJN, Fallos 314:1477).

La «propiedad» incluye todas las situaciones y relaciones jurídicas con contenido económico: todo el poder jurídico sobre los bienes patrimoniales, tanto su dominio como otro derecho real o la posesión de un bien para su uso, explotación o aprovechamiento, así como todo tipo de acreencia actual, futura o eventual (conf. SÁENZ, Juan Ignacio, **Derecho de propiedad**. Control de razonabilidad de las restricciones. La expropiación, en GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián –coordinadores–, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, t. II, 2016, Buenos Aires, La Ley, pp. 341/342).

Ahora bien, no escapa a esta jurisdicción que a fs. 654/656 la defensa de Castro y Molina acompañó una copia simple del informe emitido por la Dirección de Registros Públicos a pedido del entonces Segundo Juzgado Civil, Comercial y Minas de Tunuyán en los autos N° 28.722 caratulados «Lemos, Ricardo Enrique

Luis p/ acción de nulidad», donde informa que la inscripción registral invocada por los denunciados no reúne los requisitos determinados por el art. 12 de la ley 17.801. Al respecto, corresponde destacar que lo dicho en la presente resolución de ningún modo supone reconocer en esta instancia penal la validez o extensión del derecho pretendido por los denunciados. El razonamiento aquí seguido supone que, ante la inscripción registral que invocan Roberto y Jorge Lemos, la demanda por título supletorio de un terreno ubicado en esa zona debía ser notificada específicamente a los denunciados como titulares registrales. Ello por cuanto, si la inscripción registral en cuestión era errónea, nula o no se adecuaba a las exigencias legales en algún modo, correspondía dilucidar el alcance y existencia del derecho en un proceso civil, lo que no puede llevarse a cabo en razón de la maniobra engañosa llevada a cabo por los acusados.

Grado de convicción suficiente para avanzar hacia la siguiente etapa procesal

c.5.- En definitiva, en la instancia procesal que transita la causa no puede descartarse la existencia de los elementos típicos de la estafa procesal –esto es, un ardid doloso e idóneo que determinó un error por parte de la magistrada civil, lo que causó un perjuicio patrimonial en los denunciados–.

Por el contrario, considero que las pruebas obrantes en autos pueden permitir tener por acreditado el hecho y la intervención de los acusados con el grado de convicción suficiente para avanzar hacia la siguiente etapa procesal, esto es, la eventual realización del juicio oral y público. A continuación justificaré esta afirmación.

En este sentido, pruebas existentes podrían permitir acreditar el ardid -esto es, que los acusados tenían **conocimiento de la inscripción registral** obrante a fs. 695 del tomo 28 del Registro de la Propiedad Inmueble de Tunuyán; y que omitieron su mención en el escrito de demanda presentado en sede civil-.

Los denunciados han acompañado pruebas de que se opusieron -en respuesta a la convocatoria publicada por edictos- a la mensura que realizó el escribano Moltisanti, y pusieron en su conocimiento y de Castro la inscripción registral en cuestión.

Una de ellas es el acta notarial realizada por el notario público Roberto Juan Portabella el día 22/03/2004 (E-00881527) que constata que Jorge Roberto Lemos se apersonó junto con Adriana Lemos, Marta Lemos, Ricardo Lemos y Roberto Álvaro Lemos en el domicilio de calle Paso de los Patos N° 1300 de Guaymallén, donde se encontraban presentes los acusados Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina y Rosario Roberto Moltisanti, así como los representantes del Ejército Argentino, Carlos Hugo Solá, Guillermo Dolder y Guillermo Gudiño quienes también se habían constituido allí para oponerse a la mensura (v. copia a fs. 19/22).

En esa oportunidad, además de oponerse a la mensura de Moltisanti, Lemos habría puesto en conocimiento de los acusados que existía una mensura previa de parte del terreno realizada por el agrimensor Rubén E. Villegas en el año 2001, que no había tenido oposiciones, había sido visada por la Dirección Provincial de Catastro y se encontraba archivada bajo el número 15-10.403; y también de la inscripción dominial en el Registro de la Propiedad, haciéndoles entrega de la documentación respaldatoria pertinente.

Que ese hecho tuvo lugar, estaría asimismo acreditado por el acta notarial elaborada por la escribana Celia Fernanda González Miranda (I00350399), quien igualmente se encontraba en el acto y constató la oposición en actuación que también fue suscripta por los comparecientes (copia agregada a fs. 45/47 y vta.).

La inscripción registral a nombre de Facundo Álvaro Lemos, Saúl Lemos, Roberto Lemos y de la persona jurídica «Negocios, Administración y Gestión S.A.» es un extremo que podría acreditarse con la copia de la matrícula 196.925, procedente del N° 2815, fs. 695, tomo 28 de la Dirección de Registros Públicos y Archivo Judicial de Mendoza acompañada en autos (fs. 23 y vta.).

A fs. 30/31 vta. obra copia del asiento 2815 referido, donde se menciona como adjudicatarios a Álvaro Lemos e Isabel Celina Lemos, y como otorgante al juez del Quinto Juzgado de Instrucción en lo Civil, Comercial y Minas, Dr. Osvaldo José Lima, mediante la sentencia dictada el 19/07/1957 en los autos 20.448 caratulados «Sus. de Lemos Camilo y Celina Lemos» que alude a una superficie no determinada – puesto que no se acompañaba planos– de 30.000 has. aproximadas, que surgiría de un certificado de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad obrante a fs. 94 de aquellos autos.

Copia del plano de mensura N° 15-10.403 realizado por el agrimensor Rubén E. Villegas, visada por la Dirección de Catastro y que da cuenta de distintas superposiciones en los reclamos territoriales, se encuentra glosada a fs. 7. A fs. 534 la testigo Laura Jimena Luzuriaga Sanmartino, directora de Catastro, ratificó la visación del 9/10/200. A fs. 8 se puede ver copia de la mensura N° 15-11.658 realizada por Moltisanti, sin alusión a las oposiciones señaladas. Copias de estas mensuras aportadas por la Dirección de Catastro lucen a fs. 261/263.

A su vez, de la compulsa de los autos N° 18.685 surge que en la demanda civil por título supletorio presentada por Pont en representación de Molina, Castro y Gianella (fs. 61/65, ratificada a fs. 98 por los nombrados) no se habría informado -como exige el art. 24 de la ley 14.159- el asiento registral invocado por los denunciados, ni se habría acompañado informe de las oposiciones de Ricardo y Jorge Lemos, el Ejército Argentino ni los demás comparecientes a la mensura realizada por el agrimensor Moltisanti.

Tengo presente que en la resolución de fs. 426/441 vta. se excluyó expresamente del conocimiento del ardid al acusado Horacio Carlos Gianella, puesto que no se encontraba acreditado que él hubiera tomado «conocimiento certero» de la situación denunciada por los señores Lemos, puesto que el mismo no se encontraba presente el 22/03/2004 en la reunión llevada a cabo para evacuar oposiciones a la mensura (fs. 438). Además, valoró que a fs. 1011 del expediente civil el acusado manifestó que había tomado conocimiento de que diferentes personas se habían opuesto a la mensura, a raíz de un llamado telefónico de Castro o Molina, pero que no había sido impuesto de la oposición de los Lemos por cuanto no aparecía en el plano de mensura elaborado por Moltisanti, y que se habían distribuido las tareas en torno al proceso civil de modo tal que a Castro le correspondía ocuparse del plano de mensura.

Al respecto, el juez penal sostuvo que a pesar de tratarse de una declaración realizada en sede civil –sin las garantías del debido proceso penal– estaba habilitado para valorarla como una prueba documental, y le asignó peso probatorio no decisivo: valoró que se trata de un imputado que cumplía funciones como juez civil, que reconoció tener noticia de oposiciones, pero que su conocimiento no era de la misma entidad que el de Castro y Molina, lo que determinaba la aplicación del beneficio de la duda especialmente porque no había estado presente en la reunión donde tuvo lugar la oposición.

Debo disentir parcialmente con la valoración realizada por el juez penal. Si bien le asiste razón en que se trata de una prueba documental que registra una declaración de uno de los acusados que no ha sido producida con las garantías que exige la ley procesal penal, lo cierto es que no ha sido justipreciada de manera apropiada.

A mi juicio, ha omitido considerar distintas circunstancias externas al contenido de la declaración, que hacen a su mérito probatorio: i) el hecho de que se habría producido de manera espontánea en el proceso civil, con posterioridad a que se hubiera dictado la sentencia y sin que respondiera a las necesidades del trámite civil ni produjera ningún efecto en dicha instancia; ii) el hecho de que habría sido presentada para fecha 10/08/2015, es decir, con posterioridad a la denuncia penal presentada el 03/07/2015; y iii) el hecho de que su contenido tendría sentido desincriminatorio en la causa penal.

Si a ello se agrega que el acusado ratificó la demanda presentada por título supletorio y que tenía conocimiento de que habían tenido lugar diversas oposiciones a la mensura llevada a cabo por Moltisanti –a pesar de no haber estado presente en el acto–, a mi juicio la declaración en sede civil no permite descartar el dolo de la maniobra ardidosa llevada a cabo.

Tampoco se explica cómo el hecho de no haber estado presente en la reunión es considerada una circunstancia que aporta dudas en relación al dolo de Gianella, mas no en relación a Pont, quien afirmó que no estuvo presente en las oposiciones a la mensura. La declaración de Pont prestada a fs. 529/532 también contribuye a relativizar el contenido de la declaración civil de Gianella, por cuanto señala a fs. 531 que los profesionales Gianella y Molina le acercaron la documentación que presentó en el proceso civil, y que ellos tomaron parte en la consecución de los elementos para la demanda civil dado que eran profesionales.

La declaración indagatoria de Emilio Eduardo Castro (fs. 251/254) también podría contribuir a acreditar la existencia de un ardid doloso, puesto que reconoce estar al tanto de la pretensión dominial de los señores Lemos, los acusa de haber destruido o robado la foja 12 del tomo 2 del Registro de la Propiedad – que señalaba como propietarios de parte de la superficie reclamada a Narciso, Juan, Matilde, Ramón y Eliserio Videla– y cuestiona la validez de la inscripción registral que ellos invocan.

Por otra parte, el error judicial podría quedar acreditado con la omisión de mención del asiento registral a nombre de Facundo Álvaro, Saúl y Roberto Lemos y “Negocios, administración y gestión SA” tanto en la tramitación del proceso, como en la sentencia que hizo lugar a la demanda por título supletorio.

Por último, el perjuicio patrimonial también podría acreditarse, con la resolución de la sentencia que dispuso inscribir el condominio de Emilio Eduardo Castro, Martín Daniel Molina y Horacio Carlos Gianella en el Registro Público, en perjuicio de la pretensión de los querellantes. Que la superficie usucapida por los acusados se superpone con la pretendida por los denunciados, es un extremo que podría quedar acreditado de la comparación de las mensuras antes mencionadas, N° 15-10403 (fs. 7) y 15-11.658 (fs. 8), verificadas por la Dirección de Catastro.

Las consideraciones realizadas permiten afirmar que la valoración probatoria realizada por el juez no responde a las reglas de la sana crítica racional y, por eso, debe ser desestimada como fundamento válido. Ello determina que deba casarse el auto del Tribunal Penal de Menores en función de apelaciones que confirmó el sobreseimiento aludido.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación planteado por los querellantes particulares en autos.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado de la primera cuestión, corresponde casar el auto pronunciado a fs. 894/895 vta. por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial. En consecuencia, debe hacerse lugar al recurso de apelación deducido por los querellantes particulares constituidos en autos, revocarse el sobreseimiento dispuesto a fs. 843/848 por el Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial y disponerse que la causa prosiga según su estado (conf. art. 474, 485 y 203 del CPP).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por los querellantes particulares, casar el auto pronunciado a fs. 894/895 vta. por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial, hacer lugar al recurso de apelación deducido por los querellantes particulares constituidos en autos, y en consecuencia revocar el sobreseimiento dispuesto a fs. 843/848 por el Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial (conf. art. 474, 485 y 203 del CPP).
- 2.- Disponer que la causa prosiga según su estado.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

MARTINEZ MONZON. 16-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M	-	AF	-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	-	474 incs . 1° y 2°, 475 y 476 inc. 4°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=516>

Lex: Arts 76 bis, 155, 167 del CP, y por el 462, 474 inc. 1° y 2°, 475 y 476 inc. 4° del CPP

Vox: Suspensión de juicio a prueba. Negativa Fiscal. Falta de motivación.

Summa:

El JPC descartó la negativa fiscal al pedido de la defensa de SJP por infundada, consideró que atento a la falta de antecedentes del imputado y a que el MPF le atribuyó un delito de acción pública que tiene previsto un pena de prisión inferior a 3 años, implicaría una desproporcionalidad punitiva denegar el instituto solicitado. Señaló que una interpretación de la resolución de Procuración General propicia que si el arma no se ha utilizado en el hecho o no se ha puesto en riesgo a las personas, pueda prestarse conformidad fiscal para la procedencia del instituto y concedió la SJPen favor del imputado solicitante por el plazo de tres años con imposición de reglas de conducta.

La Fiscal interpuso recurso y cuestionó que se haya otorgado el beneficio de SJP, sin el consentimiento fiscal, recaudo exigido por la normativa provincial y nacional. Sostiene que la a quo se ha excedido el control de legalidad que le corresponde, soslayando el dictamen negativo fundado en directivas impartidas por el Procurador General mediante la Resolución N° 717/16; esta por razones de política criminal establece que no se prestará consentimiento cuando se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común ni AF en el hecho.

El Procurador General entiende que debe ser admitido el recurso casatorio promovido. Recalca que la expresa negativa fiscal, expresada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto solicitado.

La SCJM hizo lugar al recurso de casación y revocó el auto que concedió la suspensión del juicio a prueba.

Resolución cuestionada: Auto que concedió la suspensión del juicio a prueba, pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Bustos Baldor, LS. 410-166.
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Ramón Mayorga
- González Farías
- Entre Ríos Oliva»
- Rodríguez Rosales
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Cargnelutti
- Crecitelli Fliguer
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Estrella. CUIJ N° 13-03899192-7/1
- Luna Amaya. CUIJ N° 13-04159055-0/1
- Ramos Sevilla. CUIJ N° 13-04184946-5/1

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo

(J.A.F)

Fallo

CUIJ: 13-04850068-9/1((018502-88724)) FC/ MARTINEZ MONZON, MARTINEZ MONZON P/ SIN CODIFICAR (88724) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104932567*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04850068-9/1 caratulada "F. c/ MARTÍNEZ MOZÓN... P/ SIN CODIFICAR S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal Subrogante de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación a fs. 18/32 contra el auto dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 en tanto concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Walter Orlando Martínez Monzón en los autos N° P-88724/18 por el plazo de tres años con imposición de reglas de conducta.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 2 en primer lugar no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de la resolución del Procuración General N° 717/16 bajo el entendimiento de que no constituía una norma en sentido formal sino únicamente una en sentido material y ello impedía su tacha de inconstitucionalidad. En segundo lugar, hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba en favor de Martínez Monzón por un plazo de tres años con específicas reglas de conducta.

Para así resolver consideró que el dictamen fiscal que denegó su consentimiento era irrazonable e infundado por centrar su argumentación en una resolución de Procuración General sin un análisis específico del hecho investigado. Entendió que la aplicación de la resolución efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal podía afectar el principio de igualdad debido a la disparidad en la interpretación entre los agentes fiscales en la práctica. Así, señaló que una interpretación de la resolución de Procuración General propicia que si el arma no se ha utilizado en el hecho o no se ha puesto en riesgo a las personas, pueda prestarse conformidad fiscal para la procedencia del instituto procesal aquí en cuestión. Discurre la magistrada que en el caso de autos se ha aplicado otro razonamiento por parte del representante fiscal. Finalmente, luego de descartar la negativa fiscal por infundada, consideró que atento a la falta de antecedentes del imputado y que el Ministerio Público Fiscal le atribuyó un delito de acción pública que tiene previsto un pena de prisión inferior a 3 años, implicaría una desproporcionalidad punitiva denegar el instituto solicitado e hizo lugar a lo peticionado por la defensa. En este sentido, recalcó que el órgano acusador estatal tuvo en consideración la falta de peligrosidad que expresan las circunstancias en que se produjo el hecho para atribuir la figura penal en su forma atenuada.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación de conformidad con lo establecido por los arts. 475 y 476, inc. 4, del CPP. Asevera que la resolución del Juzgado Penal Colegiado N°2 genera agravios en los términos de lo normado por el art. 474, incs. 1 y 2, del CPP. Cuestiona que se

haya otorgado el beneficio de suspensión del juicio a prueba, sin el consentimiento fiscal, por haber estimado la a quo que constituía la mejor medida para reparar el daño causado mediante el delito atribuido. Asevera que tanto la normativa provincial como la nacional, que establece el instituto procesal solicitado, requieren el consentimiento del órgano acusador estatal para su procedencia. Cita jurisprudencia de este Máximo Tribunal relativa al carácter vinculante del dictamen fiscal negativo, entendido como un presupuesto de procedibilidad («Actis Quintero» y «Crecitelli Fliguer»); como también que se exige una mera manifestación de seguir continuando con la acción penal de manera inequívoca sin expresión de razones por parte del Ministerio Público Fiscal («Cargnelutti Martín»). Hace referencia al Plenario «Kosuta» de la Cámara Nacional de Casación Penal en relación a que el dictamen fiscal negativo fundado resulta vinculante. Asimismo, alega que el modelo procesal establecido por ley N° 9040 –sistema acusatorio de segunda generación– otorga protagonismo exclusivo y excluyente de la pretensión penal al Ministerio Público Fiscal.

Recuerda que dentro de sus facultades se encuentra solicitar la suspensión de la acción penal por razones de política criminal, las que generalmente se encuentran delineadas por el Procurador General en sus resoluciones generales de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este sentido, destaca la Resolución N° 717/16 en tanto establece que no se prestará consentimiento cuando se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común ni armas de fuego en el hecho. Hace especial hincapié en que dicha resolución es de aplicación obligatoria para los Fiscales de Instrucción. Cuestiona que la a quo haya excedido el control de legalidad que le corresponde, soslayando el dictamen negativo fundado del representante del órgano acusador estatal. Ello en virtud de no compartir el criterio fiscal y efectuar consideraciones propias respecto a la política de persecución penal.

Reitera su posición relativa a que el bien jurídico protegido en la clase de delitos como el que ha sido atribuido en autos es la seguridad pública y entiende que se requiere un mayor nivel de análisis de este tipos de casos por la creciente comisión de ilícitos perpetrados con armas de fuego y la vulneración que ello implica a la tranquilidad social. Destaca que el hecho investigado tiene relevancia en tanto Martínez Monzón en oportunidad de encontrarse alrededor de las 16 hs. en los senderos de Chacras de Coria, lugar en el que diariamente se practican actividades deportivas, efectuó varios disparos con un arma de fuego de importante calibre.

Asevera que, si bien el imputado es tenedor autorizado, excedió los límites del derecho otorgado. Por su parte, cuestiona que se haya otorgado la suspensión del juicio a prueba contrariando lo establecido en el art. 76 bis párr. octavo del CP relativo a la pena de inhabilitación. Afirma que ello junto a la directiva de la Procuración General N° 225/11 impide a los representantes del Ministerio Público Fiscal consentir la concesión del beneficio procesal solicitado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso fiscal interpuesto y remite a los argumentos allí expuestos. Asimismo, recalca su posición en relación a que la expresa negativa fiscal, expresada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto solicitado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado (así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros). En este sentido, el criterio que el recurso deriva de los casos «Cargnelutti» y «Crecitelli Fliguer» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial. En el caso «Romero Díaz» he abordado este error –advertido en otro recurso del MPF– y he explicado las razones que fundamentan mi posición, precedente al que remito en honor a la brevedad.

b- SJP

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos. En efecto, el razonamiento efectuado por la a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal. Así, cuestionó que por haber sido disparada un arma se justifique la denegación de consentimiento fiscal y la forma de interpretar la resolución de Procuración General por parte del representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia.

La jueza de instancia inferior discrepó con el análisis efectuado por el representante del órgano acusador estatal y por ello consideró pertinente dejarlo de lado. Asimismo agregó sus propias consideraciones sobre la conveniencia de la procedencia del instituto resolviendo que resultaba desproporcionado desde lo punitivo no conceder en el caso de autos la suspensión del juicio a prueba. Entiendo que en el caso de autos el abordaje realizado por la a quo implicó inmiscuirse en la conveniencia de la realización del juicio oral, lo que constituye objeto de evaluación del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, el representante de la acusación estatal en la audiencia manifestó suficientemente los motivos para denegar su consentimiento que se basaron fundamentalmente en criterios de política criminal establecidos por el superior jerárquico del órgano al que pertenece. Así, la evaluación de la interpretación y forma de aplicación de los criterios de actuación son materia del Ministerio Público Fiscal, como órgano independiente del Poder Judicial y con facultades propias establecidas en su ley orgánica.

La posición fiscal delineada en la audiencia analizó la naturaleza de la figura penal de portación de armas de fuego y cómo afecta al bien jurídico protegido, lo que entendió que se produjo en el hecho investigado. Al mérito de conveniencia explicitado le agregó jurisprudencia nacional y provincial relativa a que es atribución del Ministerio Público Fiscal realizar el juicio de conveniencia de aplicación de criterios de oportunidad en los hechos investigados puntuales.

Asimismo, este razonamiento ha sido el defendido con mayor profundidad en el recurso de casación interpuesto y es lo que fundamenta el rechazo propiciado en la audiencia. Así, en el recurso se reitera que la seguridad pública, como bien jurídico protegido, es de interés del órgano acusador estatal de protección.

Ello, en particular, por la creciente comisión de ilícitos perpetrados con armas de fuego y la vulneración que ello implica a la tranquilidad social. En relación al hecho, se precisa que el hecho investigado tiene relevancia en tanto Martínez Monzón en oportunidad de encontrarse alrededor de las 16 hs. en los senderos de Chacras de Coria, lugar en el que diariamente se practican actividades deportivas, efectuó varios disparos con un arma de fuego de importante calibre. Asevera que, si bien el imputado es tenedor autorizado, excedió los límites del derecho otorgado.

Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal. En consecuencia, estimo que la crítica de la a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada. Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión petitionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

c.- En base a los motivos expuestos, corresponde a mí entender hacer lugar al recurso de casación planteado por la representante fiscal (art. 462 del CPP).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por sí.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros). A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba– . ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción, de fecha 21 de junio de 2019, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Walter Orlando Martínez Monzón, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 18/32 por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de septiembre de 2021.-

7- CASTRO BAZAN. 13-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211013_FcCBE.pdf

Lex: Art. 184 inc. 5° y 59 inc. 6° del CP, art. 353 inc. 4° y 9°, 439 bis a 439 quáter CPP. Res. 717/16 de Procuración General.

Vox: Daño. Agravante por bien público. Prescripción. Reparación del daño. Procedimiento de Flagrancia.

Summa:

El **JPC N° 2-1° CJ**, sobreseyó al señalado por el delito de daño agravado por tratarse de un bien público.

El **Fiscal** interpone recurso de casación fundado en el art- 474 inc. 1° del CPP, por considerar que la decisión incurre en vicios in iudicando, al considerar la reparación integral como una causal autónoma de extinción de la acción penal, sin contar con el dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal.

El **Procurador General** mantuvo el recurso formulado por el Fiscal de Instrucción, alegando que la conciliación y reparación integral no son otra cosa que especies dentro del género de solución del conflicto, que es un criterio de oportunidad y por tanto, requiere del dictamen favorable del Fiscal.

La **SCJM** admitió el recurso de casación y revocó la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3255, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Estrella, Carlos Gustavo. 29-06-17
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Castro Jesús David. 13-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180913_FcCJD.pdf
- Pujado Bustos. 07-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181107_FcPBM.pdf
- Arzuza. 24-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210624_FcArzuza.pdf
- Petean Pocoví. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf

b-CSJN

- Canales. 02-05-19: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1694984766298>

Doctrina citada.

Parágrafos destacados.

Como ya he tenido oportunidad de señalar, en nuestro sistema acusatorio corresponde la actuación de la ley penal, como regla, y la suspensión de la persecución penal, como excepción; por lo tanto es parte del principio de legalidad actuar la ley penal, como así también aplicar un criterio de oportunidad, sea

suspendiendo la prosecución penal (art. 26 del CPP) o la suspensión del procedimiento o del juicio a prueba (art. 30 del CPP y art. 76 del CP), incluso la solución del conflicto, como en el caso que nos ocupa (art. 5 CPP)

SCJM. Dres.: **Valerio. Llorente. Adaro** (Licencia).

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04844699-4/1((018502-14291)) F.C/ CASTRO BAZAN ELIAS BRIAN P/ DAÑO CON EL FIN DE IMPEDIR EL LIBRE EJERCICIO(..)/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104926740*

En Mendoza, a los trece días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04844699-4/1 caratulada “F. c/ CASTRO BAZÁN, ELÍAS BRIAN P/ DAÑO AGRAVADO S/ CASACIÓN”. De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados formula recurso de casación (fs. 100/111 vta.) contra la sentencia N° 3255 pronunciada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial (fs. 112 y vta.) que sobreseyó a Elías Brian Castro Bazán por el delito de daño agravado por tratarse de un bien público (art. 184 inc. 5° del CP) en estos autos N° P-14.291/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada sobreseyó al acusado por el delito de daño agravado por tratarse de un bien público, previsto por el art. 184 inc. 5 del CP, por haberse extinguido la acción penal y haberse reparado el daño causado por convenio (art. 353 incs. 4 y 9 del CPP y art. 59 inc. 6 del CP), respecto del hecho que se le atribuía, según el cual «[e]l día 19 de Febrero de 2019, aproximadamente a las 23.30 horas, en las proximidades de la intersección de calles Chacabuco y Guanacache de Guaymallén, Mendoza, Castro Elías Brian, en circunstancias en que personal policial lo subía a la movilidad policial N° 2962, automóvil marca Chevrolet modelo Prisma, dominio AA495YO, mediante un puntapiés, rompió el espejo retrovisor izquierdo» (avoque, fs. 46).

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal funda su recurso en el art. 474 inc. 1 del CPP, por considerar que la decisión jurisdiccional incurre en vicios in iudicando al considerar a la reparación integral como una causal autónoma de extinción de la acción penal. Ello conduce a la nulidad de la sentencia según los términos del art. 416 inc. 4 del CPP.

Explica que, en oportunidad de desarrollarse el juicio directísimo, la defensa solicitó un principio de oportunidad por reparación del daño causado y que la acusación pública solicitó un cuarto intermedio para dar intervención a Fiscalía de Estado, pues el MPF no puede disponer de bienes. Elevada consulta a la Jefatura Fiscal, la Dra. Laura Rouselle dictaminó no hacer lugar al planteo defensivo, en consideración de lo dispuesto por la Resolución 717/16 de la Procuración General, según la cual los no proceden criterios de oportunidad «en aras de tutelar los intereses sociales preponderantes y que mayor alarma y daño

generan en la población» en casos que «puedan comprometer el interés u orden público» y cuando el hecho «no aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial y/o hayan afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas». Además, en aquella oportunidad se explicó que la conducta de Castro Bazán causaba daño patrimonial pero también una afectación concreta a la función policial, pues estuvo motivada por venganza a las determinaciones de la autoridad policial.

Afirma que, en tanto el delito se cometió contra la administración pública, no existe una víctima concreta a la cual pueda realizarse el ofrecimiento de reparación, algo indispensable para la procedencia de la reparación integral del perjuicio.

Sostiene que, si bien el MPF representa los intereses de la sociedad en el proceso penal, no puede arrogarse la facultad de disponer de bienes jurídicos tutelados mediante un acuerdo reparatorio.

Además, refiere que se instruyó la ampliación de la acusación, debiendo agravar la figura del daño únicamente por el inc. 1 del art. 184 del CP, por haber sido provocado en venganza de las determinaciones de la autoridad.

Por tales razones, en la audiencia celebrada el MPF manifestó su intención de proseguir la acción penal. Explica que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 364 del CPP, la solución del conflicto y la reparación integral sólo proceden a pedido del fiscal.

Destaca que la jueza a quo, por su parte, sostuvo que la naturaleza jurídica del instituto en cuestión no requería la solicitud del fiscal pues la reparación integral del perjuicio no se encuentra entre los enumerados en el art. 26 del CPP, sino como causal de extinción de la acción penal en el CP.

Afirma que el encargado del ejercicio de la acción pública es el Ministerio Público Fiscal y que tal ejercicio es indisponible y no puede ser dejado de lado por propuestas defensivas que intentan privatizar la acción penal, pues son las leyes las que establecen la inmediata y automática reacción del órgano estatal.

Sostiene que la incorporación de criterios de oportunidad intentó remediar la nula repuesta que se le daba a ciertas causas por el caudal de trabajo, que inevitablemente prescribían. De esa manera, es el MPF quien puede determinar qué causas interesa perseguir y cuáles no.

La decisión de la a quo yerra al considerar que el consentimiento fiscal no es necesario para la procedencia de la reparación integral del perjuicio, que es considerado un criterio de oportunidad. Invoca los precedentes **«Estrella, Carlos Gustavo»**, **«Lemos Guerrero»** y **«Castro Jesús»** en apoyo de su tesis. Respecto de los motivos que llevaron a la acusación pública a no prestar su consentimiento para la reparación, menciona i) la afectación del normal desenvolvimiento del poder público, ii) que se vio comprometido el interés y orden público; iii) que tales razones se encuentran previstas por la Res. 717/16 de Procuración General, que es obligatoria para los fiscales de instrucción; y iv) que el móvil policial no pudo realizar tareas de prevención hasta ser reparado.

Por tales razones, sostiene que la decisión no fue antojadiza ni arbitraria. Explica que la solución planteada por la defensa reparó solamente el aspecto fáctico del daño, dejando de lado la dimensión más importante dada por el restablecimiento de la vigencia de las normas y, con ello, la autoridad estatal representada por la actuación policial.

Refiere que la jueza a quo se extralimitó en sus funciones al sobreseer por un criterio de oportunidad sin consentimiento fiscal. Sostiene que, si bien el art. 59 inc. 6 del CP prevé a la reparación del daño como una causal de extinción de la acción penal, remite a las regulaciones provinciales, lo que importa armonizarla con lo establecido por el art. 364 del CPP.

Agrega que la jueza malinterpretó las argumentaciones vertidas sobre la calificación legal del caso, que mutaría hacia la agravante prevista en el inc. 1 del art. 184 de CP.

3.- Contestación de vista por parte de la defensa

A fs. 121/122 vta. la defensa de Castro Bazán solicita el rechazo del recurso planteado. Explica que se celebró un convenio de transacción entre el apoderado de siniestros del Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Mendoza, Dr. Fernando Arcaná, y el imputado, a raíz del cual este último –previo aportar un presupuesto de repuestos originales de Chevrolet– abonó la suma de \$ 6.800 en concepto de indemnización por los daños ocasionados al móvil 2962.

Luego, en el ámbito de la audiencia de detención y acuerdos, se acompañó el acuerdo reparatorio que acreditó la reparación integral del daño, en razón de lo cual la jueza hizo lugar al sobreseimiento solicitado.

Afirma que el consentimiento fiscal no es un requisito de procedencia del sobreseimiento por extinción de la acción, sin que puedan considerarse aplicables las limitaciones establecidas para otros principios de oportunidad.

Ello en tanto la ley regula de manera diferenciada los casos de conciliación y reparación integral del perjuicio. Cita el precedente «Estrella, Carlos» en el segmento en que esta Suprema Corte de Justicia afirmó que la reparación integral del perjuicio es un equivalente funcional de la pena y que implica una respuesta a la dimensión fáctica del delito y también a su dimensión comunicativa.

Explica que la impugnación significa un desgaste jurisdiccional innecesario, pues el hecho ya tiene solución en ambos planos, el comunicativo y el fáctico. Sobre la base de tales razones, solicita el rechazo del recurso.

4.- Dictamen del señor Procurador General

Ante esta instancia el Procurador General mantuvo el recurso formulado por el fiscal de instrucción (fs. 118). En oportunidad de emitir dictamen, se remitió a los argumentos expresados en el recurso (fs. 125 y vta.), y agregó que de la letra del **art. 59 inc. 6** del CP surge que la conciliación y reparación integral no son otra cosa que especies dentro del género de solución del conflicto, que es un criterio de oportunidad. A su vez, la aplicación de criterios de oportunidad no puede obviar la intervención del MPF por ser el titular de la acción pública y por ser el único que puede brindar razones de política criminal atendibles. Por tales motivos, entiende que la solución del conflicto por reparación integral del perjuicio no procede en el caso en estudio.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal y anular la decisión de la jueza de la instancia previa, en base a las razones que a continuación expondré. A mi juicio le asiste razón al recurrente en cada uno de los agravios que plantea, por lo que corresponde hacer lugar a la impugnación planteada. Para resolver

el agravio central formulado – referido a la posición que ha de asumirse en relación con el instituto de la reparación integral del perjuicio–, corresponde resumir brevemente los antecedentes de la causa que ahora interesan. En autos se acusa a Castro Bazán de haber dañado un móvil policial en oportunidad de ser aprehendido. La defensa solicitó la extinción de la acción penal por reparación del daño, a lo que el Ministerio Público Fiscal se opuso. La jueza de la instancia previa tuvo por reparado el perjuicio en base al acuerdo al que arribaron la defensa y un funcionario del Ministerio de Seguridad provincial – aún frente a la oposición fiscal– y declaró extinta la pena. En base a ello, sobreseyó al acusado. Toca a esta Suprema Corte de Justicia determinar si la jueza ha aplicado correctamente el instituto de la reparación integral del perjuicio, objeto de impugnación por parte del Ministerio Público Fiscal. Para ello me ocuparé en primer lugar de analizar el procedimiento seguido (i) y, en segundo lugar, las cuestiones relativas al dictamen fiscal (ii). a.- Respecto de lo primero, debo señalar que el procedimiento seguido en autos es el de flagrancia, previsto por los arts. 439 bis a 439 quáter del CPP. Se trata de un procedimiento especial que, en lo que interesa ahora, tiene las siguientes características: 1) ante la ausencia de complejidad probatoria, debe realizarse una primera audiencia de detención y acuerdos (art. 439 bis, CPP); 2) en esa audiencia es posible solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad u optar por el juicio abreviado inicial (art. 439 bis, conf. arts. 26 y ccs. y 418/420 CPP); 3) si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo (art. 439 bis, in fine, CPP). De estas premisas normativas surge que, si la defensa pretendía plantear un criterio de oportunidad, la oportunidad procesal para ello era la audiencia de detención y acuerdos que se celebró el 13/03/19 (v. fs. 10 del legajo que acompaña a los autos principales). En esa oportunidad, la jueza interviniente consultó a la defensa del acusado si iba a plantear un criterio de oportunidad o si iba a optar por el juicio directísimo, a lo que la defensa contestó que optarían por esto último –v. constancias audiovisuales del 13/03/2019, min. 04:00 y ss.–. Luego, las partes ofrecieron prueba y se dispuso la fijación de fecha de audiencia para el juicio directísimo. De forma tal que la solicitud de aplicar un criterio de oportunidad que realizó la defensa en la primera audiencia del juicio directísimo fue extemporánea, puesto que ya había precluido la etapa procesal para ello. Tal como lo he sostenido con anterioridad, «[...] la preclusión, es una forma de ordenar la transición del proceso e impedir la posibilidad de retrotraer la actividad procesal hacia estadios cumplidos o en la dirección contraria a lo ya decidido» (conf. «Pujado Bustos»). El fundamento de la preclusión, huelga señalarlo, se encuentra en el principio de economía procesal que rige el proceso. De hecho, la preclusión en cuestión se trata de una circunstancia que era conocida –y reconocida– por el defensor técnico del acusado, quien en su petición manifestó que «[...] si bien ya transcurrió la audiencia preliminar en la cual se deberían de hacer uso todos los principios o criterios de oportunidad que tenemos en el Código Procesal Penal, entiendo que al tratarse de una audiencia multipropósito y siempre buscando solucionar el problema al menor costo posible [...] es que voy a solicitar [...] la presente la reparación integral del daño [...]» –conf. constancias audiovisuales del 16/05/2019–. En definitiva, el planteo que motiva la resolución recurrida era extemporáneo, puesto que habría precluido la etapa procesal pertinente para realizarlo. Una vez iniciado el juicio directísimo es el Ministerio Público Fiscal quien puede –tras haberse recibido los testimonios, pericias y demás pruebas– «[...] solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad» o formular acusación y solicitar pena, tal como lo dispone el art. 439 quater, tercer párrafo, del CPP. A mi juicio, el carácter multipropósito de la audiencia invocado por el defensor no permite inaplicar las normas mencionadas. Tal petición, a pesar de que el defensor no lo haya mencionado, tiene una referencia normativa en el art. 16 de la ley 9.040, cuyo primer párrafo expresa «Audiencias. Todas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a

decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas, mientras surjan a petición de parte, e incluso cuando fomente la solución temprana del caso a partir de las opciones previstas por la ley». Se trata de una norma general para las audiencias orales, que sin embargo debe ceder ante regulaciones particulares como las mencionadas en los arts. 439 bis y 439 quater. Esta interpretación sistemática permite evitar una contradicción normativa –una antinomia– entre el CPP y la ley 9.040. b.- Respecto del dictamen fiscal, considero central el hecho de que ha sido negativo. Como ya he tenido oportunidad de señalar, en nuestro sistema acusatorio corresponde la actuación de la ley penal, como regla, y la suspensión de la persecución penal, como excepción; por lo tanto es parte del principio de legalidad actuar la ley penal, como así también aplicar un criterio de oportunidad, sea suspendiendo la prosecución penal (art. 26 del CPP) o la suspensión del procedimiento o del juicio a prueba (art. 30 del CPP y art. 76 del CP), incluso la solución del conflicto, como en el caso que nos ocupa (art. 5 CPP) (conf. principalmente «Lemos Guerrero» y, más recientemente, «Arzuza»). Debemos tener en cuenta que el ejercicio de la acción penal –regla–, le corresponde al Ministerio Público Fiscal, quien promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley (art. 26, primer párrafo del CPP). En tal sentido, la «regla» impuesta por la ley, es el ejercicio obligatorio de la acción penal y la «excepción» a ese deber, es que sólo se puede apartar en los supuestos que expresamente están previstos por la ley. Por otra parte, no debe perderse de vista que el art. 364 CPP establece que en la audiencia preliminar sólo el Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad por existir acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio, pedido que, como surge de la compulsión de las presentes actuaciones, no ha sido realizado por el representante fiscal. Como se sostuvo en el precedente «Lemos Guerrero», la reforma introducida mediante ley 27.147, en la que se enmarca el dispositivo normativo cuestionado, en nada vino a modificar el ámbito de regulación del instituto bajo análisis (procesal), como así tampoco, el sentido de la jurisprudencia, sino que lo único que hizo fue incorporar tres causales de cuyo efecto se prevé la extinción de la acción penal. En esa oportunidad también se refirió que nuestro sistema procesal no contiene regulación específica de los institutos incorporados –conciliación y reparación integral–, coincidiendo que nos encontramos frente a dos especies dentro del género «solución del conflicto» como criterio de oportunidad procesal. En este sentido la norma aplicable al acuerdo presentado por la defensa es el artículo 5 del C.P.P., la cual se relaciona con el artículo 59, incs. 5 y 6 del C.P., en el sentido en que ambos incisos realizan una remisión a las leyes procesales correspondientes, ya sea por conciliación o reparación integral del perjuicio. Así es como en el caso de arribarse a una solución del conflicto, se procederá conforme al inc. 9 del artículo 353 del CPP, y se dictará el sobreseimiento en los casos de que se cumplan las «obligaciones del acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio». Estos criterios, implican una excepción al principio de legalidad impuesta por los artículos 71 del CP y 8 del CPP, que establecen la obligación de iniciar de oficio la acción penal siempre que no dependa de instancia privada. En definitiva, lo anterior implica que «si la conciliación y la reparación integral son alternativas regladas para la resolución del conflicto, quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal. Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos» («Lemos Guerrero»). Debo destacar que, conforme lo dispone la Ley Orgánica del Ministerio Público de Mendoza es al Procurador General y no a la judicatura a quien corresponde «el diseño de la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal,

debiendo impartir para ello las instrucciones generales que correspondan, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios a tal fin, o cuya aplicación genere controversia, debiendo reglamentar la delegación del ejercicio de la acción penal por parte de los integrantes del Ministerio Público Fiscal» (art. 28 inc.6, Ley 8.008 modificada por la ley 8.911). Sentado lo anterior, en el caso concreto, se advierte que la representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido de la defensa en relación con la reparación del perjuicio, lo que, conforme a lo señalado, obsta a su otorgamiento, razón por la que considero que el recurso del Ministerio Público Fiscal debe prosperar. Ello por cuanto, no se verificó en autos el cumplimiento de las condiciones exigidas por el sistema normativo vigente para que pueda acreditarse que se contribuye con la reparación integral a restablecer la armonía social (art. 5 del CPP). Es que el representante fiscal no sólo ha conservado su interés por proseguir con las instancias del proceso, sino que, consultado sobre el particular, expresamente se pronunció en contra de la procedencia del instituto solicitado por la parte. Por último, encuentro oportuno realizar una breve consideración en relación a las exigencias de motivación del dictamen fiscal. El art. 167 del CPP dispone que los requerimientos y conclusiones del Ministerio Público Fiscal se formulen «[...] motivada y específicamente [...]», y el objetivo de esta previsión no es otro que evitar la arbitrariedad, puesto que permite el control de la contraparte y de la jurisdicción. En ese orden, el requisito de «especificidad» al que alude la norma supone que, cuando el Ministerio Público Fiscal se expide, debe hacerlo en base a razones que considera aplicables al caso concreto. Sin embargo, la «motivación» no se identifica con la «fundamentación»: lo que se exige es que las decisiones se encuentren motivadas en razones atinentes al caso concreto, y no –al menos no en todos los casos– que las razones sean expresadas –fundamentación– (conf. «Petean Pocoví»; CSJN, «Canales»). Por eso, la exigencia procesal del art. 167 del CPP no equivale a adoptar una posición argumentativista de la motivación. De este modo, cuando un dictamen se asienta en razones normativas –como en la ley o en una resolución de Procuración General que adopta una política de persecución penal determinada–, el dictamen estará motivado. La extensión de los fundamentos que se expresen no se relaciona con su carácter motivado o inmotivado. En el caso que nos ocupa, existían directivas generales de la Procuración General y concretas de la Fiscal Jefe, que fueron invocadas por el Ayudante Fiscal y bastan para considerar motivada su posición respecto del criterio de oportunidad en cuestión. De hecho, si el funcionario aludido se hubiera apartado de aquellas directivas, le habría cabido responsabilidad disciplinaria por ello. Esto, sin perjuicio de la posición personal que los jueces podamos tener respecto de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones del Ministerio Público Fiscal. Una de las bases del sistema republicano es la separación de funciones, y la de delinear la política de persecución penal, como lo he señalado antes, corresponde legalmente al Ministerio Público Fiscal –art. 28 incs. 6 y 7, ley 8.008 t.o. conf. ley 8.911–. En este orden, el desacuerdo personal de la judicatura no debe ser confundido con la nulidad del dictamen por falta de motivación. c.- De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar, en los términos aquí señalados, al recurso de casación interpuesto y revocarse la sentencia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: En virtud de las razones expuestas corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos, y en consecuencia anular la resolución impugnada (art. 474 inc. 2 y 486 del CPP);

debiéndose remitir los obrados al tribunal de origen a efectos del dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí expuestos. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 100/111 vta. por el titular de la Fiscalía N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados, y en consecuencia anular la resolución impugnada (art. 474 inc. 2 y 486 del CPP); debiéndose remitir los obrados al tribunal de origen a efectos del dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí expuestos.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (conf. arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Mendoza, 13 de octubre de 2021.

8- ABBA CASTILLO y ot.. 09-11-21. ACA.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	-	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcACJ.pdf

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP. Art. 477 del CPP

Vox: Usurpación. Interversión de título. Contrato de comodato. Valoración de la prueba. Querellante particular. Derecho penal como última ratio.

Summa:

El **JPC** absolvió a los señalados del delito de usurpación, art. 181 inc. 1° del CP.

El **Querellante** interpone recurso considerando que se ha realizado una errónea aplicación de la ley sustantiva y que se ha llevado a cabo una interpretación y valoración equivocada de la ley penal; así como una fundamentación arbitraria, errada valoración de la prueba y una violación del principio de no contradicción. Formula reserva del caso federal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo formal el recurso casatorio promovido por cuanto no existe en concreto expresión de motivos de los agravios enunciados.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4877, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CI.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-06725272-6/1((038501-91179)) F.C / ABBA CASTILLO JORGE SEBASTIÁN Y CARDOZO Y OTROS P/ USURPACIÓN (91179/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105985076*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06725272-6 caratulada "F. C/ ABBA CASTILLO JORGE Y CARDOZO MARÍA EUGENIA P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO , segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El Dr. José Roberto Acieff, representante del querellante particular Jorge Obdulio Francisco Valero, formula recurso de casación en contra de la sentencia N° 4877, de fecha 6 de agosto de 2021, y sus fundamentos brindados en forma oral, en tanto absuelve a Jorge Sebastián Abba Castillo y María Eugenia Cardozo del delito de usurpación, art. 181 inc. 1 del CP.

La resolución cuestionada fue dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, en autos N° P-91.179/20, caratulados "Fc/Abba ... P/Usurpación". De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, dispuso absolver, lisa y llanamente, a los acusados Jorge Sebastián Abba Castillo y María Eugenia Cardozo en razón de que entendió que no se advertía la interversión de título alegada y descartó que los dichos vertidos por uno de los acusados tuviesen el significado asignado por la parte acusadora privada.

Para así decidir, la jueza tomó en consideración las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de debate por Jorge Valero (Pte. Cooperativa Tamarindos), Carlos Ariel Ríos (socio), Alejandra Raquel Arboit, así como la declaración del acusado Jorge Abba y el resto de los medios de prueba debidamente incorporados.

2.- Recurso de casación

El representante de la parte querellante particular formula recurso de casación a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP.

Considera que en el caso traído a examen se ha realizado una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 181 inc. 1 del CP) y que se ha llevado a cabo una interpretación y valoración equivocada de la ley penal. Señala que el acto sentencial cuestionado presenta fundamentación arbitraria que se conecta con una parcial y errada valoración de la prueba y violación del principio lógico de no contradicción, vulnerando la

validez del juicio. En tal sentido refiere que aquel principio, en su versión lógica, significa que «no se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto» y en el que «juntamente» significa al mismo tiempo. Expresa que las sentencias judiciales deben ser fundadas y correctas desde el punto de vista lógico.

De tal manera, la violación del principio de no contradicción entraña la impugnabilidad de la sentencia. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5 y vta. se expide el Procurador General. Al evaluar la procedencia formal del recurso casatorio planteado señala que de la lectura de la queja no existe en concreto expresión de motivos de los agravios enunciados.

En este sentido señala que el recurrente expresa generalidades y agravios conceptuales sin concretar ninguno de los agravios en la sentencia, evento que no le permite analizar la impugnación contra la sentencia que cuestiona. Por lo expuesto, aconseja el rechazo formal del recurso casatorio planteado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizada el recurso casatorio formulado y la sentencia cuestionada, adelanto opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados por los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar corresponde señalar que entiendo que la censura promovida resulta formalmente admisible por cuanto se trata del recurso deducido por la parte querellante particular en contra de una sentencia absolutoria y, en este sentido, se trata de una de las resoluciones contempladas en el elenco previsto por el art. 475 del CPP, en tanto se trata de una sentencia definitiva que decide sobre el fondo de la cuestión y, el recurrente se encuentra legitimado para recurrir tal tipo de decisiones a tenor de las previsiones del art. 477 del CPP.

Del análisis de la presente causa y del acto sentencial de la instancia previa emerge que el hecho atribuido a los acusados Jorge Sebastián Abba y María Eugenia Cardozo consistió en que «[...] el día 30 de Septiembre de 2020, JORGE SEBASTIAN ABBA y MARIA EUGENIA CARDOZO, deliberadamente hicieron caso omiso al emplazamiento de desalojo de la vivienda, sita en Ruta N° 62, del Distrito La Libertad, Departamento de Rivadavia, propiedad de la Cooperativa de Vivienda Los Tamarindos, manteniéndose en la misma y con ello despojando de la posesión a la citada Cooperativa».

Estos hechos fueron calificados como usurpación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 181, inc. 1 del CP.

De la reproducción del registro audiovisual de los fundamentos brindados oralmente por la jueza, surge que en aquellos la sentenciante detalló los elementos de convicción que tomó en consideración, ponderó los mismos vinculando unos con otros y en base a la valoración efectuada y, llevada a cabo con respeto a los principios de la sana crítica racional, dictó la sentencia absolutoria que aquí se cuestiona.

De tal manera, y contrariamente a lo que afirma el recurrente, no surge, a mi criterio, que los fundamentos de la sentencia cuestionada sean contradictorios.

En efecto, la jueza anticipó que compartía el criterio sostenido por el representante del Ministerio Público Fiscal, luego analizó los medios de prueba incorporados, con especial atención al **contrato de comodato** y refirió que la situación no era posible subsumirla en la norma del art. 181 inc. 1 del CP.

Ello, si se tomaba en consideración los principios que inspiran al Derecho penal como última ratio. Expresa que no había existido interversión de título y apoyó su postura en doctrina.

Seguidamente analizó el acta notarial y explicó los motivos por los cuales asignó a los dichos vertidos por Abba en esa ocasión un sentido coloquial.

En función de todo lo expuesto, absolvió a los acusados por entender que no hay base para atribuirles jurídicamente la comisión del delito de usurpación.

Establecido ello, entiendo que le asiste razón al Procurador General en cuanto a que el presentante ha formulado agravios conceptuales y expresado generalidades, sin formular cuestionamientos concretos en torno a la decisión adoptada y los fundamentos de aquella.

En otras palabras, no ha referido, de modo adecuado, cuáles son las concretas quejas en relación al razonamiento de la jueza que motivarían la anulación o bien la casación de la sentencia criticada.

Tal forma de plantear el recurso dificulta la labor de revisión solicitada a este Tribunal en tanto no es posible advertir concretamente cuáles son los vicios que atribuye el recurrente a la resolución que cuestiona.

De tal manera, el recurrente no logra desvirtuar los argumentos expuestos por la jueza de la instancia anterior al momento de fundamentar su decisión.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y en consecuencia corresponde confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido por la parte querellante particular y en consecuencia confirmar la sentencia N° 4877, de fecha 6 de agosto de 2.021, dispuesta por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

9- RODRIGUEZ GUIDO.01-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211201_FcRGA.pdf

Lex: Art. 183, 1° párrafo del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: VG. Daño simple. Unificación de pena. Calificación legal. Incendio. Potencialidad de propagación. Peligro común para los bienes. Peligro concreto. Expandibilidad. Fuego peligroso. Propiedad o seguridad común.

Summa:

El JPC condenó al justiciable a la pena de **seis meses de prisión** en efectivo por resultar autor penalmente responsable del delito de daño simple (Art. 183, primer párrafo, del CP) que se le atribuyó en autos N° P-713578/19. Asimismo, unificó dicha pena con la impuesta previamente en autos N° P-126.280/17 y P-118.741/17 en la pena única de tres años de prisión en efectivo.

El **representante del MPF** interpuso recurso de casación por el que cuestionó la calificación legal en la que fue subsumida el hecho investigado en autos, entendiendo que corresponde encuadrarlo en la figura de Incendio (Art. 186 inciso 1° del CP), todo esto de conformidad al Art. 474 del CPP.

El **Procurador General** mantuvo el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos allí expuestos.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por el MPF.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4753, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Doctrina citada.

VERDE, Alejandra, «Algunas cuestiones sobre el incendio punible», Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La Ley, Buenos Aires, Año III, N° 6, Julio 2013, p. 27).

PALACIOS, J.C., comentario a los artículos 186/189 del Código Penal, en BAIGÚN, D. – ZAFFARONI, E. (dir.), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 47/49.

SEGATO, Rita Laura, Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, págs. 30 y 31).

Parágrafos destacados.

“En consecuencia, comparto la apreciación expuesta en el remedio casatorio por el Ministerio Público Fiscal acerca de que el fuego iniciado en el vehículo además de producir **daños** totales sobre el mismo, tuvo **potencialidad de propagación** a otros bienes. “(Dr. Adaro. Preopinante)

“[L]a jurisprudencia, ha señalado que en el delito de incendio el hecho material debe entrañar una situación de peligro común verificado en un peligro efectivo, concreto, realmente corrido, que ese riesgo surja potencial teniendo en cuenta las características de la zona, la hora de producción, magnitud del mismo, así como todos los elementos que permitan establecer que se ha afectado el bien jurídico protegido seguridad pública común.” (Dr. Valerio. Voto disidente.)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(S.B.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05091592-6/1((018502-713578)) FC/ RODRIGUEZ GUIDO A. P/ SIN CODIFICAR (713578) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105259205*

En Mendoza, el día primero de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05091592-6/1 caratulada "F. c/ RODRÍGUEZ GUIDO A. P/ SIN CODIFICAR S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. PEDRO J. LLORENTE.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación a fs. 122/135 contra la sentencia N° 4753 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción de Mendoza que condenó por el delito de daño simple (art. 183, primer párrafo, del CP) a Guido Alexander Rodríguez a la pena de seis meses de prisión en efectivo en los autos N° P-713.578/19, la que unificó con la impuesta previamente en los autos N° P-126.280/17 y P-118.741/17 en la pena única de tres años de prisión en efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado condenó a Alexander Rodríguez Guido por el hecho descrito en la acusación fiscal según el cual el «[...] día 20 de mayo de 2019 siendo aproximadamente las 02:50 hs valiéndose de un encendedor de color azul, previo abrir la puerta delantera izquierda de un vehículo marca Renault 11 de color azul dominio SFM-610, propiedad del Sr. Rodrigo Javier Continella, prendió fuego el interior del mismo, el cual estaba estacionado muy cerca de una vivienda en calle Coronel Díaz a la altura municipal 449 entre calles Videla Castillo y Olascoaga de Las Heras Mendoza, viendo su accionar personal policial a bordo del móvil 3091 que había sido desplazado por el CEO, quemándose el vehículo completamente, para luego ser aprehendido y secuestrado el encendedor utilizado».

Para así resolver tuvo en consideración la declaración testimonial prestada por Daniela Maturano, el acta de procedimiento de fs. 1/2, el croquis ilustrativo de fs. 3, las declaraciones del personal actuante y la denuncia de Continella de fs. 15, entre otros elementos de pruebas incorporados al debate.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia de primera instancia por considerar que existieron agravios de acuerdo con lo que prevé por el art. 474 del CPP. Los cuestionamientos giran en torno a dos líneas argumentales.

En primer lugar, la resolución judicial carece de motivación y fundamentación por no haberse valorado el plexo probatorio incorporado debidamente al debate de acuerdo con los principios de sana crítica racional.

En segundo lugar, la calificación jurídica bajo la cual el Tribunal decidió condenar a Rodríguez – daño simple– también es errónea y considera que la pertinente era la figura penal de incendio doloso. Respecto al primero, es decir la fundamentación de la sentencia, alega que el acto sentencial posee contradicciones entre las premisas y la conclusión en relación con la existencia del peligro común y del elemento subjetivo del tipo requerido para la figura de incendio doloso.

Puntualiza en que si bien el magistrado de instancia anterior reconoció que el hecho ocurrió efectivamente de la forma descrita por los testigos en el debate, concluyó que por el beneficio de la duda se encontraba acreditado solamente el delito de daño.

Asevera que no se tuvo en cuenta la magnitud del incendio, que el vehículo se encontraba a menos de un metro de distancia de una vivienda en la que se encontraban personas y que de no haber intervenido personal de bomberos el incendio se podría haber propagado a otros bienes. En relación con la segunda línea argumental, la calificación jurídica atribuida al hecho, hace hincapié en que la figura penal de incendio prevista en el Código Penal exige una entidad que pueda generar peligro común para bienes ajenos o para las personas.

Afirma que el bien jurídico protegido es la seguridad común y que se asocia a la afectación tanto de bienes materiales, como inmateriales y de personas que se pudieran encontrar en peligro o que se amenace su integridad. A ello agrega que el elemento subjetivo requerido por el tipo penal es de dolo, lo que comprende el dolo eventual a criterio de la parte acusatoria, lo que asevera que también se encuentra acreditado en autos.

En consecuencia, solicita que se anule la sentencia de primera instancia y se dicte un nuevo pronunciamiento bajo la figura prevista en el art. 186 inc. 1 del CP o se ordene la realización de un nuevo juicio oral.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación a fs. 147 de las presentes actuaciones y se remite a los argumentos allí expuestos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Luego de analizar el recurso impetrado y todo el plexo probatorio incorporado en el debate, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado. Ello en razón de los argumentos expuestos a continuación.

Si bien el representante del Ministerio Público Fiscal distingue en el recurso los motivos relativos, por un lado, a la valoración de la prueba y, por otro lado, sobre la calificación legal por la que se condenó al acusado, entiendo que ambas razones se encuentran íntimamente vinculadas en tanto la segunda depende de la primera.

En este sentido, luego de analizar la valoración realizada por el juez de la instancia previa sobre la prueba debidamente incorporada durante el debate, abordaré la cuestión vinculada con el tipo penal en el que deben ser encuadrados los hechos acreditados.

El cuestionamiento del representante del Ministerio Público Fiscal se centra en la concurrencia en el caso del elemento de peligro común que requiere la figura penal de incendio doloso. En este orden debo

señalar que ha quedado acreditado que Rodríguez generó el fuego que produjo la destrucción del vehículo marca Renault 11 de color azul dominio SFM-610, propiedad del señor Rodrigo Javier Continella.

El juez de la instancia concluyó que, en virtud de la prueba incorporada durante el debate, y en virtud del beneficio de la duda, correspondía condenar al acusado únicamente por la figura de daño simple. Como seguidamente explicaré estimo que existió una valoración incorrecta del plexo probatorio.

Como bien puede apreciarse de las constancias audiovisuales del debate oral, el día 19 de noviembre de 2019 prestó declaración testimonial Daniela Maturano, de profesión bombera, quien asistió con el equipo que logró apagar el foco ígneo encendido en el vehículo. Según sus manifestaciones «[...] el auto estaba en pleno incendio, en fuego vivo, al momento del arribo al lugar [...], éramos cuatro si no me equivoco [...] tuvimos que trabajar con la línea de agua sobre el auto para extinguir el fuego, lo que se llama tareas de extinción».

Detalló que ello les implicó el tiempo normal para un vehículo de esas características, alrededor de quince a veinte minutos desde que llegaron al lugar.

Ante la pregunta del representante del Ministerio Público Fiscal sobre si, según su experiencia, el fuego podría haberse propagado hacia otros bienes o personas respondió que sí debido a «[...] las características en las que encontramos el auto, por todo lo que estaba cercano al auto, podría haberse propagado a las viviendas que era lo más cercano».

En relación con el vehículo aseveró que «[...] hubo destrucción total» y explicó que en caso de que personal de bomberos no hubiera arribado antes «[...] podría haber explotado el automóvil [...] porque el mismo contaba con GNC el que a altas temperaturas podría haber producido una explosión, temperatura provocada por el mismo incendio [...]».

Especificó que el auto se encontraba sobre el puente de una casa frente a su ingreso, a unos 40 cm. de distancia, y que a unos cincuenta metros habían transeúntes quienes, a criterio de la declarante, se encontraban en riesgo.

A instancia del defensor, respondió que no podía aseverar a qué temperatura podría explotar el tubo de GNC, pero que con exceso de temperatura eso podría producirse. Detalló su ubicación en la parte trasera del vehículo pero que al explotar haría un daño generalizado por expansión.

A ello agregó que en la vivienda próxima al objeto prendido fuego se encontraba una persona y que dejaron constancia de ello en el informe confeccionado.

Por último afirmó que al llegar al lugar el cuerpo de bomberos la mayor concentración de fuego se encontraba en el habitáculo de los pasajeros y las llamas salían hacia el exterior, pero que no se produjo daño alguno en otros objetos.

Por su parte, durante la audiencia desarrollada en fecha 28 de noviembre las partes estuvieron de acuerdo en la incorporación de la prueba instrumental, entre las que se admitió el acta de procedimiento de fs. 1/2, el acta de ratificación de la Oficial Ailén Magalí González a fs. 6, el informe detallado de llamadas al CEO de fs. 78/80vta. y el informe técnico operativo confeccionado por el personal de bomberos que sofocó el incendio de fs. 90/95, todos pertenecientes a los autos P713.578/19.

Todo este acervo probatorio corrobora las aseveraciones de la testigo Maturano en cuanto a la magnitud y potencialidad de riesgo del fuego iniciado por el acusado en el vehículo. Así, en el acta de ratificación de la agente González cuando le preguntaron sobre si el hecho produjo riesgo para la vida de alguna persona refirió «[...] si, ya que el vehículo estaba muy cerca de la vivienda y esta se podría haber incendiado» (ver fs. 6 vta. de los autos P-713.578/19).

En cuanto al informe detallado de las comunicaciones telefónicas del CEO se desprende que a las 3:03:13 hs. el operador identificado como MGSEVILLA incorporó la información recibida respecto a que «un sujeto prendió fuego un auto imposible apagarlo con matafuego», en tanto que a las 3:26:01 hs. describió que «se sofocó el I_32 del vehículo daños totales». Luego, a las 3:42:04 hs., se registró que «hubo una reunión en el domicilio [que produjo] una discusión entre los participantes y uno de los sujetos en venganza sale y prende fuego un vehículo cuando arriba el personal logra la aprehensión» y a las 04:12:48 se informó la «entrevista a la ciudadana Tania Jennifer Sosa Ocaña Arg. Mza 14/01/96 domicilio en calle Ing. Ballofet 730 Las Heras.

Manifiesta que estaba con su pareja, el C-45; cuando se produce una discusión entre ellos, no aporta los motivos; el sujeto sale ofuscado y con un encendedor prende fuego el asiento trasero del vehículo, en este momento arriba la movilidad 3091 y a unos 10 mtrs logra la aprehensión del sujeto del cual se daba a la fuga, en este tiempo es que el fuego toma todo el vehículo, y el personal procede a solicitar los sv de bomberos» (fs. 78/80vta. autos P-713.578/19).

Por su parte, en el caso del informe confeccionado por la Delegación de Bomberos se especificó que «[...] al arribo de la dotación se estaba produciendo un incendio de características declarado, con presencia de llama libre sobre un rodado», que se realizado tareas de sofocación y enfriamiento «[...] que demand[aron] treinta y cinco minutos aproximadamente [...]. El proceso combustivo en su propagación afectó en forma total las partes blandas y flexibles del habitáculo de los pasajeros [...] por las características que presenta el hecho se deduciría de forma hipotética que persona/s desconocida/s con la intención de provocar los daños registrados, haya introducido en el interior del rodado una fuente de ignición con capacidad suficiente para vencer la resistencia al fuego de los componentes ubicados en la zona sindicada como de origen» (ver fs. 90/95 autos P713.578/19).

En consecuencia, comparto la apreciación expuesta en el remedio casatorio por el Ministerio Público Fiscal acerca de que el fuego iniciado en el vehículo además de producir **daños** totales sobre el mismo, tuvo **potencialidad de propagación** a otros bienes.

Esto en razón de que al momento de que llegara personal de bomberos al lugar de los hechos, el vehículo se encontraba con llamas libres, a una distancia de 40 cm. de la vivienda del propietario del vehículo, como también por el tanque de GNC ubicado en la parte posterior del automotor que podría haber explotado produciendo mayores consecuencias aun.

La razón por la cual el fuego se detuvo fue por la intervención de personal de bomberos con prácticas específicas de extinción de incendios durante treinta y cinco minutos.

Ahora bien, frente a esta plataforma fáctica, corresponde analizar el tipo penal previsto en el art. 186, inc. 1 del CP en relación con el elemento de **peligro común para los bienes** que caracteriza a la figura penal prevista.

Al respecto, la doctrina considera que se trata de **peligro concreto** y que su consumación se produce cuando los bienes fueran puestos en peligro común de lesión.

Es decir, no se requiere la lesión efectiva o daño real, sino que basta con el peligro común de que ello ocurra (**VERDE**, Alejandra, «Algunas cuestiones sobre el incendio punible», Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La Ley, Buenos Aires, Año III, N° 6, Julio 2013, p. 27).

En cuanto al incendio punible se sostiene que éste se trata de «[...] fuego de potencialidad expansiva incontrolada, en el sentido de que no tiene en sí mismo limitabilidad, aunque sea dominable por otros medios, pues en esa expandibilidad reside el peligro propio del fuego calificable como incendio». A ello se agrega que «[...] no toda expandibilidad del fuego basta para considerarla como típica de incendio, sino solamente la que se traduce en la posibilidad de su extensión a bienes distintos de aquel en que se origina y que sean indeterminados [8, t. II, p. 5]. Incendio punible es aquel fuego incontrolado en cuanto a su posible expansión, ilimitado en sí mismo [...]. En otros términos, la acción de incendio tiene potencialidad dañosa para comunicarse a otros bienes jurídicos individuales, **los cuales sólo por obra de la “casualidad” no resultaron efectivamente lesiones en el caso en concreto» (PALACIOS, J.C., comentario a los artículos 186/189 del Código Penal, en BAIGÚN, D. – ZAFFARONI, E. (dir.), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 47/49).**

En este orden de ideas, y sobre la base de los hechos acreditados a partir de la valoración del plexo probatorio incorporado al debate, entiendo que el foco ígneo iniciado por el acusado Rodríguez tuvo la potencialidad concreta de expansión a otros bienes, lo que no ocurrió debido a la intervención oportuna y efectiva de personal de bomberos.

Si bien el fuego logró la destrucción total del vehículo, las maniobras de extinción impidieron la propagación a otros bienes.

Ello resulta de la declaración testimonial de Maturano, la ratificación de la oficial policial González, el informe del CEO y el informe técnico confeccionado por personal de bomberos, todo lo cual no ha sido desvirtuado por ningún otro elemento de prueba obrante en la causa.

Por ello, **entiendo que han sido corroborados los elementos requeridos por la figura penal tipificada en el art. 186 inc. 1 del Código Penal.**

En consecuencia, estimo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En otro orden, debo señalar que conforme a cómo acontecieron los hechos, éstos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género. En este sentido, y según se desprende de la prueba analizada, la conducta perpetrada por el acusado y que constituyó el objeto del proceso – según advierto– fue precedida y motivada por una previa discusión con su entonces pareja, Tania Sosa Ocaña.

Ello se corrobora en tanto la testigo tuvo que acudir a las autoridades policiales a fin de resguardar su integridad física.

En este sentido, señalé en el **precedente «Alaniz Pineira»** que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la

realidad se encuentra polarizada en torno a **patrones de dominación masculina** que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este sentido, cabe señalar que la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, ha establecido renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer.

Así, destaca el derecho de la mujer a vivir sin violencia en todos los ámbitos en que se desarrolla, tanto en los públicos como privados (art. 4).

Del mismo modo, sostiene el deber de los distintos agentes estatales de establecer «Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos» (art. 2 inc. c).

Ello tiene como correlato –según entiendo– el deber de los operadores del derecho de detectar y visibilizar este tipo de manifestaciones de violencia en los distintos ámbitos en los que la mujer desarrolla su personalidad.

En este orden, Segato al analizar el sometimiento del género femenino a las estructuras patriarcales jerárquicamente constituidas y la etiología de la violencia señala que «[...] aun cuando la apropiación del cuerpo femenino [...] se dé en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela. Este último [...] sigue estableciendo que las mujeres que no son propiedad de un hombre [...] son percibidas como propiedad de todos los hombres. En esencia, pierden su autonomía física y sexual». En este mismo contexto argumentativo refiere también sobre «[...] la apropiación del cuerpo femenino cuando se lo percibe en condiciones de desprotección» (SEGATO, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2003, págs. 30 y 31).

Conforme a ello, entiendo que la comprensión de estas estructuras subyacentes a los comportamientos que conformaron los hechos objeto del proceso, es lo que permite realizar una adecuada lectura del contexto de género en el que aquellos se desarrollaron.

Se puede concluir de todo lo reseñado, que frente a un caso donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta indispensable que los operadores de los distintos poderes estén debidamente capacitados en la temática y realicen todas las acciones tendientes a detectar y prevenir la violencia de género, asegurando un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en las presentes actuaciones, no comparto las

conclusiones a las que llega mi colega preopinante. Ello en razón de que, como seguidamente explicaré, considero que corresponde el rechazo del remedio procesal interpuesto.

Tal como se destaca en el voto preopinante, el cuestionamiento casatorio gira en torno a elemento de peligro común que requiere la figura penal de incendio doloso para su configuración y su acreditación en las presentes actuaciones.

Comparto el criterio sostenido por un sector importante de la jurisprudencia según el cual «[...] el delito en trato no configura su acción típica con la creación de cualquier llamarada, sino que debe generarse lo que en doctrina se ha dado en llamar "**fuego peligroso**", que según Creus se caracteriza por su expandibilidad hacia bienes indeterminados, a causa de que, en sí mismo, es incontrolable, aunque pueda ser controlado por una acción del hombre [...] no basta entonces cualquier "**expandibilidad**" sino sólo aquella que alcanza a bienes distintos de aquel en el que se originara el fuego y que sean indeterminados, pues cuando la llamarada no pueda alcanzar más que a bienes circunscriptos, además de aquel en el que se produjo inicialmente, sin posibilidad de extenderse a otros, corresponde dejar de lado esta figura para direccionar la acusación hacia el delito de daño».

«Así, el núcleo de la acción está constituido por la creación de un peligro, de modo que producido el mismo a causa del incendio no importan las características fisonómicas de la llamarada, no siendo imprescindible su vastedad ni la efectiva destrucción de múltiples bienes[...]. [En consecuencia,] ante la ausencia de mayores precisiones sobre la proximidad, las dimensiones, los materiales de construcción o cualquier otro dato relevante de las viviendas contiguas, entiendo que no puede arribarse al nivel de certeza que un pronunciamiento requiere, en relación a la causación de un efectivo peligro de afectación sobre bienes indeterminados por fuera del automóvil incendiado y algunos otros bienes de la víctima, como los trapos de piso o las paredes de su vivienda próximas al vehículo.

Es que de lo único que existe prueba relevante en la causa, es sobre el incendio del automóvil y un riesgo posible de expansión circunscripto a la vivienda en cuyo patio se encontraba estacionado el auto dañado (acreditado por la pericia de incendio)» **(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala A, sentencia del 05/01/2016, «Contreras»)**.

En el caso de autos, como bien analizó el juez de instancia anterior, de la prueba incorporada durante el debate no es posible afirmar la existencia del requisito de peligro común exigido por la figura penal del art. 186, inc. 1 del CP, por lo que sólo se le debe atribuir la comisión del delito de daño previsto por el art. 183, primer párrafo, del CP.

En este sentido, estimo correcta las afirmaciones del juez según las cuales «[...] el delito de incendio existe cuando se causa por acción dolosa o culposa un fuego de vastas dimensiones y proporciones, determinando un peligro común, el que es propio de todos los delitos contra la "seguridad pública", pues –seguridad pública– en los delitos de esta naturaleza, lo que se afecta son los bienes jurídicos que inciden en la colectividad en general, tanto o más que en el individuo [...]. [L]a jurisprudencia, ha señalado que en el delito de incendio el hecho material debe entrañar una situación de peligro común verificado en un peligro efectivo, concreto, realmente corrido, que ese riesgo surja potencial teniendo en cuenta las características de la zona, la hora de producción, magnitud del mismo, así como todos los elementos que permitan establecer que se ha afectado el bien jurídico protegido "seguridad pública común".

Aquí, debemos hacer una diferencia entre el hecho mirado en su pura materialidad y conceptualización jurídica, pues “Incendio” no se concibe como un mero concepto de aspecto fáctico cuando es medio idóneo para crear un peligro contra la seguridad común, en tanto que si el incendio no fue peligroso en el sentido de la ley –referido a personas o a bienes indeterminados– no estaremos frente a este tipo de delitos».

Del hecho investigado en autos estimo que si bien el acusado inició un foco ígneo en el vehículo automotor, no se puede afirmar que se haya acreditado la potencialidad de propagación que requiere la figura penal descrita y que pretende atribuir el representante del Ministerio Público Fiscal.

Es decir, si bien el fuego produjo la destrucción total del objeto que se encendió, ello no conlleva de por sí la existencia sobre una potencialidad de propagación que lo convierta en un incendio tipificado penalmente.

Es decir, entiendo que en caso de autos dicho extremo no ha sido suficientemente probado para arribar a la certeza requerida para condenar por dicha figura penal.

En este sentido comparto lo expuesto por el juez de la instancia previa acerca de que «[...] el caso no constituye entonces el delito de incendio porque no aparejó peligro común para las personas o los bienes, aunque consistiera en un incendio dañoso para los bienes de una persona determinada. Pues, en el caso concreto eran las 02:50 hs de las madrugadas del día 20 del mes de mayo, en la vía pública».

Asimismo, comparto el criterio aseverado en la sentencia de condena acerca de que las constancias probatorias incorporadas en la causa acreditan que el hecho producido por Rodríguez surgió como respuesta a la discusión con su ex pareja, lo que permite concluir la concurrencia de dolo de daño a un objeto específico.

Da cuenta de ello el informe detallado de las llamadas del CEO de fs. 78/80vta. de los autos P-713.578/19.

En esta línea argumental, considero que no se encuentra configurado el dolo de la figura prevista por el art. 186, inc. 1 del CP.

En consecuencia, puede concluirse que el fuego iniciado en el vehículo produjo daños totales sobre el mismo pero no se encuentra probado que tuviera la potencialidad concreta de expansión a otros bienes como requiere la figura prevista en el art. 186 inc. 1 del CP.

Por lo que, de conformidad con el beneficio de la duda tal como afirmó el juez de la instancia previa, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia que condenó a Rodríguez por la figura de daño prevista en el art. 183, primer párrafo, del CP. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere al voto que antecede.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (en disidencia) DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo VII.

Delitos contra la seguridad pública.

Tenencia. Portación.

CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA. Tenencia. Portación.

1- BLAS y ot.. 17-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE	-4°	-	CO	-	-	-	-	-	N	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210317_FcBlas.pdf

Lex: Art.194, 34 inc. 4 del CP. Art. 14 bis, 75 inc. 22 de la CN. Art. 21 y 23 de la CADH. DUDH. Art. 25 PIDCyP. DADDH.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Valoración de la prueba. Fundamentación.

Summa:

El **JPC** condenó a los señalados a la pena de **tres meses de prisión** con los beneficios de ejecución condicional y al pago de costas, por considerarlos autores penalmente responsables del delito de impedimento del normal funcionamiento de los transportes por tierra.

La **defensa** de Roberto Antonio Macho y la defensa de Raquel María Blas Bazán formulan recursos de casación contra la sentencia condenatoria pronunciada en autos en base a las previsiones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Por una parte cuestionan la valoración probatoria realizada por la jueza a quo, a la que califican como arbitraria y determina -a su juicio- que la sentencia carezca de fundamentos y sea nula a tenor de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP, por falta de motivación.

El **Procurador General** considera que las impugnaciones formuladas proceden desde el punto de vista formal, aunque deben ser rechazadas en el fondo. Entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que los recurrentes pretenden una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate

La **SCJM** hace lugar a los recursos formulados, disponiendo la absolución de los imputados. Dejar sin efecto lo dispuesto en los puntos 2, acápites a, b y c y, punto 3 de la sentencia N° 2530, impone las costas por su orden, difiere la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2530, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a- SCJM

- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf

b- CSJN

- 343:2280, 343:2135; 343:1827; 343:1854,

c- CIDH

- López Lone y otros Vs. Honduras 05-10-15:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf

Doctrina citada

ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, p. 293, pp. 295-296, pp 557.

RIGHI, Esteban, 2017, Derecho penal: parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3ªed., p. 324

BOBBIO, Norberto, El tercero ausente, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989, págs. 124/126

BOBBIO, N., “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”

BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S., Crisis de la democracia, Barcelona, Editorial Ariel, 1985, pp. 5-43

FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista...”, cit., pp. 43-55

GARGARELLA, Roberto, 2008, «El derecho frente a la protesta social», Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, vol. 58, N° 250, pp. 183-199

Párrafos destacados

[U]na vez contextualizado el objeto procesal se debe señalar que el caso presenta tres problemas que no han sido analizados en la sentencia impugnada. El primero se vincula a la autoría y participación de las personas implicadas (i). El segundo, a la tipicidad de la conducta desplegada (ii), y el tercero a su antijuridicidad (iii). Los analizaré en este orden, y finalmente concluiré (iv).

[..]Debe tenerse presente que el tipo penal se excluye frente a casos de adecuación social. En efecto, según la teoría de la adecuación social ideada por Welzel, aquellas acciones que «se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son “socialmente adecuadas”, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo»

[e]l contexto de la protesta en cuestión permite considerar que estuvo justificada en el legítimo ejercicio de derechos (art. 34 inc. 4 del CP). El ejercicio de la pretensión punitiva del Estado en un caso de estas características debe ser analizado a la luz de los efectos expansivos y de adoctrinamiento que implica la criminalización de la protesta social. A mi juicio, resulta decisivo que la protesta desarrollada por las personas ahora acusadas fuera pacífica, y ello refuerza la improcedencia de la aplicación de la sanción penal como forma de responsabilización ulterior.

[l]a protesta social es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza”

[Y] en forma concordante, este Cuerpo –con distinta integración– decidió que, cuando la restricción del derecho no es comprensible o no atiende al interés público, debe tildarse de «sospechosa» por discriminatoria.

SCJM. Dres.: **Palermo**. Valerio (Disidencia). Adaro.

(A.H.)

Fallo:

CUIJ: 13-04793216-9/1((018502-21439)) FC/ BLAS LORITE SILVESTRI, MACHO BLAS, LORITE SILVESTRI, MACHO P/ ENTORPECIMIENTO DE SERVICIOS PUBLICOS (21439) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104872658*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04793216-9/1 caratulada “F. c/ BLAS BAZÁN, RAQUEL MARÍA; MACHO, ROBERTO ANTONIO P/ ENTORPECIMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO

La defensa particular de Roberto Antonio Macho (fs. 506/521 vta.) y la defensa particular de Raquel María Blas Bazán (fs. 522/538 vta.) formulan recursos de casación contra la sentencia N° 2.530 del Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial por cuanto condenó a los nombrados a la pena de tres meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional y al pago de costas, por considerarlos autores penalmente responsables del delito de impedimento del normal funcionamiento de los transportes por tierra, previsto y sancionado por el art. 194 del CP, en estos autos P-21.439/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado que «el día 24 de Febrero de 2016, siendo aproximadamente las 11:00 horas, en la Av. Luciano Peltier a la altura municipal N° 351 de la Ciudad de Mendoza, frente a Casa de Gobierno y en virtud del paro de actividades anunciado públicamente por la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.), S.I.T.E.A. y C.T.A., Raquel Blas, Roberto Macho, junto a un grupo de aproximadamente entre seiscientos y ochocientas personas no identificadas, haciendo uso de elementos sonoros y artificios pirotécnicos se reunieron frente a la casa de Gobierno, ocupando los carriles de circulación vial de calle Peltier, tanto al oeste como hacia el este, impidiendo de tal manera el normal funcionamiento de los medios de transporte de pasajeros, vehículos de particulares y personas en general. Que siendo las 11:30 horas aproximadamente se hizo presente la Dra. Elizabeth Ormezzano, y el Comisario Marcos Rojas quienes les solicitaron a los causantes que desocuparan la calzada, momento en el que los mismos fueron rodeados por un grupo de personas, manifestándole la señora Blas “no me voy a identificar ya todos me conocen, y la calle se va a desocupar cuando los trabajadores lo dispongan” concluyendo el entorpecimiento mencionado alrededor de las 12:30 horas».

Para arribar a tal conclusión la jueza a quo valoró, entre otros elementos de prueba, la denuncia realizada por Elizabeth Edith Ormezzano y su testimonio durante el debate; el acta de procedimiento obrante a fs.

03; la inspección ocular realizada en autos; el croquis ilustrativo de fs. 04; las actas de ratificación y testimonios prestados durante el debate de los efectivos policiales Gabriel Ramón Olivares y Bruno Gonzalo Purgue; el detalle de comunicaciones del CEO; las fotografías aportadas por la defensa; los testimonios de Jélica Beatriz Ávila Vargas, Marta Beatriz Mercau Rosales, Joaquín Marcos Tolosa Lucero, María Adriana Iranzo Ipolitti, Mihail Zagorac Baralovic, Gabriel Ramón Olivares Sosa; las declaraciones de los acusados Roberto Antonio Macho y Raquel María Blas Bazán; y el testimonio prestado durante la investigación por el entonces acusado Federico Lorite, luego sobreseído en autos.

II.- Recurso de casación

Los defensores particulares de Raquel María Blas Bazán y Roberto Antonio Macho plantean, en similares términos, críticas contra la sentencia condenatoria pronunciada en autos en base a las previsiones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Por una parte cuestionan la valoración probatoria realizada por la jueza a quo, a la que califican como arbitraria y determina -a su juicio- que la sentencia carezca de fundamentos y sea nula a tenor de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP, por falta de motivación.

Sostienen que la prueba tomada en cuenta en la sentencia ha sido valorada parcialmente, sólo en cuanto contribuía a sostener una condena, pero sin dar cuenta de las contradicciones que resaltó la defensa durante el debate y derivando conclusiones sin sustento lógico.

Enfatizan que no se ha refutado la versión del hecho de los acusados, ni se ha acreditado que ejercieran dominio sobre las más de 600 personas presentes.

En este sentido, afirman que no se valoraron correctamente las siguientes pruebas, que consideran determinantes: i) la declaración de los acusados; quienes explicaron que ellos no habían ocupado la calle, que la concentración de personas se dio en el marco de un paro nacional comunicado con anticipación a las autoridades, que fue realizada de manera pacífica en la vereda y sin intención de afectar el tránsito y que se incorporaron agrupaciones sindicales por las cuales no respondían; ii) la declaración de Elizabeth Ormezzano, a la cual se le dio valor positivo pese a numerosas y graves contradicciones -como haber señalado que existieron disturbios, incendio de elementos y que fueron arrojados, lo que después corrigió como un error de memoria-; iii) las fotografías aportadas por la defensa, de las que se derivó la participación de los acusados en el hecho a pesar que ninguna los muestra en la calle ni obstaculizando el transporte, ni demuestran que el tráfico se haya visto interrumpido; y, iv) el croquis ilustrativo efectuado por la Policía, las comunicaciones del CEO y las testimoniales vertidas durante la investigación y el debate -en particular, las de Ormezzano, Purgue y Olivares-; pues no ubican a los acusados en la calle o repartiendo directivas para interrumpir el tráfico vehicular, ni demuestran que se haya impedido, entorpecido o estorbado el tráfico.

Por otra parte, plantean la existencia de vicios in iudicando. Explican que oportunamente solicitaron que se absolviera a los acusados por haber obrado dentro de una causa de justificación, ya que se encontraban ejerciendo regularmente derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico: los derechos de huelga, reunión, de peticionar ante las autoridades y de libre expresión.

Consideran que se ha aplicado erróneamente la ley de fondo, pues debió subsumirse el hecho en el art. **34 inc. 4 del CP**, en tanto la conducta no fue antijurídica, y que lo contrario equivale a desconocer que el descontento es una posible expresión frente a la autoridad. Que se ha minimizado el hecho de que el

evento fue pacífico, previamente notificado a las autoridades y que se realizó de modo regular según las normas de la OIT, que consagran al derecho de huelga como un principio básico de la libertad sindical y un medio legítimo de los trabajadores para la defensa de sus intereses.

A juicio de la defensa la intervención judicial debe direccionar su análisis para tutelar todos los derechos involucrados, no sólo el normal funcionamiento de los servicios de transporte. Invocan el precedente «Natera-Gatti» de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, donde se afirmó que el corte de ruta efectuado como manifestación de un reclamo pacífico implicó el ejercicio de un derecho constitucional. Recuerdan que el hecho investigado en autos tenía como fundamento legítimo el reclamo de apertura de paritarias ante la recurrente omisión de las autoridades ministeriales. Explican que, conforme lo disponen la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, los derechos de reunión y de peticionar ante las autoridades colisionan con el derecho de otros ciudadanos a circular libremente por el territorio, lo cual no significa que la conducta sea ilícita, pues ningún derecho -tampoco el de circulación- es absoluto y prima sobre los demás.

Refieren que las conductas desarrolladas no coinciden con las prohibiciones del Código Penal, y que al descalificarlas como medio de reclamo legítimo se desnaturaliza el ejercicio de derechos fundamentales, pues las molestias ocasionadas de forma temporal con motivo del ejercicio de los derechos mencionados es parte de su naturaleza y de su propia historia desde el reconocimiento por los estados del derecho a libertades. Citan doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

Efectúan reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir dictamen sobre las impugnaciones formuladas en autos, el señor Procurador General considera que ambas proceden desde el punto de vista formal, aunque deben ser rechazadas en el fondo.

Entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que los recurrentes pretenden una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, insistiendo en la misma versión defensiva. Luego de un breve repaso de los fundamentos de la sentencia impugnada, considera que no se advierten las diferencias de criterios apuntadas por la defensa en la valoración de las testimoniales, pues la jueza a quo ponderó el mérito convictivo de las declaraciones de manera adecuada y de forma conjunta con el resto del material probatorio, tal como lo indica el precedente «Geroli Pérez» de esta Suprema Corte de Justicia. Resalta que la circunstancia de que la manifestación haya sido pacífica no altera la vulneración del bien jurídico protegido, y que tal como afirma la a quo no se verifica la causa de justificación invocada -el legítimo ejercicio de un derecho-.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión planteada, anticipo que corresponde hacer lugar a los recursos formulados por los defensores de Raquel María Blas Bazán y Roberto Antonio Macho sobre la base de las razones que paso a exponer a continuación.

De forma preliminar debo señalar ciertos extremos relevantes que deben ser tenidos en consideración en el análisis del caso. Por un lado, hay que destacar que las personas acusadas, Raquel Blas Bazán y Roberto Macho, eran dirigentes sindicales de la Asociación Trabajadores del Estado (ATE), delegación Mendoza. Por otro lado, no debe perderse de vista que el Consejo Nacional de ATE había convocado a una huelga nacional con movilización para el día 24 de febrero de 2016. La medida, aprobada en un plenario del consejo de ATE, fue anunciada públicamente en conferencia de prensa, e incluía a los trabajadores del Estado nacional y a las administraciones provinciales y municipales. Se convocó a una huelga con movilización para reclamar la apertura de las paritarias, un aumento salarial, el rechazo de los despidos y manifestarse contra la criminalización de la protesta social.

Asimismo, resulta determinante tener en cuenta que el día del hecho la convocatoria se concretó frente a la Casa de Gobierno -sede laboral de la mayoría de los trabajadores que adhirieron a la huelga oportunamente convocada-.

Luego los manifestantes se desconcentraron por propia voluntad no más de una hora y media después de haber fracasado un intento de mediación gestionado por una mediadora del Gobierno provincial, también testigo en la causa instruida por la Fiscalía. Por último, es importante subrayar que no se ha acreditado que haya existido violencia física ni intimidación contra las personas, y tampoco se denunciaron daños contra bienes del Estado ni propiedades de terceros.

En ese contexto, por un lapso de tiempo que no duró más de una hora y media, el tránsito se vio al menos parcialmente obstaculizado. Sin embargo, debe también destacarse que la zona interrumpida se ve circundada por dos rotondas derivadoras de tráfico, que permiten una circulación alternativa por las calles La Pampa al oeste y España al este, que a su vez posibilitan suplir el tramo que se vio interrumpido mediante la circulación por las calles Santa Cruz al sur y Virgen del Carmen al norte. Además, la interrupción tuvo lugar en el margen de una huelga desarrollada en horario laboral, por lo que no se afectó el tráfico en hora "pico" de circulación.

Una vez contextualizado el objeto procesal se debe señalar que el caso presenta tres problemas que no han sido analizados en la sentencia impugnada. El primero se vincula a la autoría y participación de las personas implicadas (i). El segundo, a la tipicidad de la conducta desplegada (ii), y el tercero a su antijuridicidad (iii). Los analizaré en este orden, y finalmente concluiré (iv).

(i) En primer lugar el caso presenta un problema de autoría que no ha sido abordado adecuadamente en la resolución. La interrupción del tráfico vehicular habría sido ocasionada por la confluencia de alrededor de 600 personas sobre la calle Peltier, mientras que los acusados se encontraban sobre la vereda norte, de frente a las escalinatas que conducen a la Casa de Gobierno. El problema -que ha sido destacado por la defensa en su impugnación- consiste en determinar de qué manera es posible imputar a Blas y Macho la interrupción vehicular materialmente desarrollada por otras personas. Dicho con otras palabras, debe explicarse por qué Blas y Macho deberían responder por el comportamiento de otras personas autorresponsables.

Existen dos maneras de tratar este problema. Una reside en demostrar que existió una división de tareas entre todas las personas que tomaron parte en el impedimento, de manera tal que existió una obra conjunta en la que intervinieron varias personas, entre ellas los acusados. Sostener esta aproximación exige fundamentar por qué, en la división de tareas, Blas y Macho tienen un papel más relevante que el

resto. También requiere explicar el reparto cuantitativo de tareas entre los intervinientes del que surgió, eventualmente, que los acusados llevaron la parte más relevante. Nada de esto ha sido analizado ni demostrado en la sentencia, que no distinguió autores y partícipes ni consideró la eventual intervención conjunta. Otra manera de abordar el problema es considerar que sólo existieron dos autores unitarios del hecho, Blas y Macho.

Si esto es así, debe demostrarse que cada uno de ellos obstaculizó el tráfico, cosa que se encuentra lejos de estar demostrada, puesto que los registros fotográficos incorporados los colocan fuera de la calzada, en la vereda. Está claro que Macho y Blas Bazán no son garantes del comportamiento que realicen otras personas de manera autorresponsable.

Para que partes del hecho realizados por otra persona sean imputables a terceros es necesario la existencia de una intervención conjunta sobre la base de una división de tareas, de modo que todos los que toman parte del hechos son intervinientes. Una vez acreditada la división de tareas y comprobada la existencia de una intervención conjunta, corresponde un análisis posterior, a saber, la determinación de las cantidades de responsabilidad por esa intervención.

La sentencia no ha referido a la existencia de una intervención conjunta de todos los que tomaron parte del hecho, y se ha limitado a explicar la responsabilidad de los acusados en el liderazgo fáctico que ejercían como dirigentes sindicales.

Sin embargo, esta calificación no exime a la sentenciante de determinar la fundamentación de la existencia de una división de tareas como presupuesto previo a la calificación de la intervención como autores y partícipes. A falta de fundamentación de una intervención conjunta, la otra forma de ver las cosas es que cada uno haya realizado el tipo de manera independiente, al modo del concepto unitario de autor.

Ello requiere que se pruebe en autos que tanto Macho como Blas interrumpieron el tránsito de manera individual, a lo que tampoco se ha hecho referencia en la sentencia. En definitiva, la alternativa es intervención conjunta o autores unitarios, y a ninguna de estas posibilidades se ha hecho alusión en la resolución impugnada.

De manera tal que, o bien el suceso puede atribuirse al colectivo de personas que interrumpió el tránsito, o bien a Blas y Macho separadamente, a título de autores individuales.

En el primer caso, todas las personas que obstaculizaron la calle deben responder por una obra, puesto que es reconducible a todos, lo que no ocurre en autos donde sólo se ha acusado a Blas y Macho.

En el segundo caso, los acusados deben responder por un hecho que materialmente no cometieron, lo que tampoco ha sido analizado. Ante el cuestionamiento de la defensa sobre este punto la jueza sentenciante señaló que «me encuentro llamada a resolver en este caso concreto y en el que fue elevada la causa a juicio sólo en contra de los imputados Raquel Blas y Roberto Macho» (fs. 503 vta.).

Ahora bien, ello no resulta fundamento suficiente para explicar la autoría, máxime cuando la interrupción de la vía vehicular en cuestión requería en el caso la participación de un número considerable de personas. No se ha fundamentado que Blas Bazán y Macho hayan tenido control sobre la totalidad de los manifestantes -más aun considerando que se encontraban presentes agrupaciones sindicales de las que ellos no formaban parte-, ni se ha probado o alegado que hubieran impartido órdenes de llevar adelante

el bloqueo en cuestión. (ii) El segundo problema que se advierte es en el ámbito de la tipicidad. Debe tenerse presente que el tipo penal se excluye frente a casos de adecuación social.

En efecto, según la teoría de la adecuación social ideada por Welzel, aquellas acciones que «se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son “socialmente adecuadas”, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo» (conf. **ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, p. 293**).

Dicho de otra manera, la imputación del tipo objetivo requiere de un comportamiento socialmente inadecuado. Pues bien, esta teoría impacta en dos grupos de acciones que usualmente son reconocidas como excluidas del tipo.

En primer lugar, queda fuera ya del tipo objetivo el comportamiento que entraña un riesgo permitido o jurídicamente irrelevante.

En segundo lugar, quedaron fuera del tipo las conductas que afectan bienes jurídicos de modo tan insignificante que socialmente dichas conductas son toleradas de un modo general. En estos de casos no se realiza el tipo, puesto que se trata de conductas que no lesionan el bien jurídico protegido y, por eso, no se considera al hecho como infractor de la prohibición (**ROXIN, op. cit., pp. 295-296**).

En definitiva, la interpretación de los tipos penales debe estar orientada hacia el bien jurídico que cada delito protege, es decir, al ámbito de protección de la norma. De este modo, deben considerarse atípicas las conductas no correspondientes al tipo específico de injusto, una vez analizadas con una perspectiva material.

Ahora bien, es muy difícil sostener que constituye la conducta tipificada por el art. 194 del CP un impedimento vial que duró poco más de una hora, tuvo lugar fuera del horario “pico” de circulación, en el que además intervinieron pocas personas -empleados públicos en su mayoría- y que no impidió la circulación por vías alternativas muy próximas -casi inmediatas-.

Además, debe considerarse que la interrupción en cuestión no fue el objeto perseguido por los manifestantes, que pacíficamente reclamaban un llamado a paritarias frente a la sede de su empleador, el gobierno provincial. Una aproximación al hecho desde la teoría de la adecuación social coloca en difícil posición a quien deba fundamentar que tal comportamiento fue socialmente inadecuado. Este tipo penal se encuentra previsto para casos que revisten otras características: como ser violentos, impedir la circulación de manera total o afectarla seriamente, prolongarse en el tiempo, provocar desabastecimiento, etc. A mi juicio, la fundamentación brindada en la sentencia impugnada no resulta suficiente para demostrar la tipicidad de la conducta de Blas y Macho.

En efecto, la sentencia se ha limitado a un análisis formal del tipo prescindiendo de toda fundamentación material. (iii) Ahora bien, hasta aquí se ha dicho que el caso presenta problemas de autoría y participación que no han sido abordados en la sentencia, y que tampoco se ha probado la inadecuación social de la conducta, lo que pone en tela de juicio también su tipicidad.

Sin embargo, y aunque estos problemas hubieran sido debidamente abordados y se hubiera sostenido con prueba suficiente su existencia en el caso, un elemento que indefectiblemente falta en el caso es la antijuridicidad del hecho. Dicho en otros términos, aún en el caso de que se considerase que la conducta

fue típicamente relevante, subsisten problemas que impiden considerar que la misma constituyó un injusto penal. Ello por cuanto el contexto de la protesta en cuestión permite considerar que estuvo justificada en el legítimo ejercicio de derechos (art. 34 inc. 4 del CP).

El ejercicio de la pretensión punitiva del Estado en un caso de estas características debe ser analizado a la luz de los efectos expansivos y de adoctrinamiento que implica la criminalización de la protesta social. A mi juicio, resulta decisivo que la protesta desarrollada por las personas ahora acusadas fuera pacífica, y ello refuerza la improcedencia de la aplicación de la sanción penal como forma de responsabilización ulterior. Nuestro Derecho penal no es ajeno a este criterio pues supone, como parte de la constatación de que una conducta constituye delito, el escrutinio de su potencial justificación mediante su oposición con el resto del Derecho. Dicho en otras palabras, si bien el Derecho penal describe con estrictez las conductas delictivas -como una de las implicaciones del principio de legalidad-, también permite contrastar el tipo penal con el resto del ordenamiento jurídico a efectos de constatar si la conducta se encontraba justificada.

Las **causas de justificación** son los motivos jurídicos, fundados, para ejecutar un comportamiento que -en sí- está prohibido. La admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente, sino que tal conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y, por tanto, que es aceptada por éste (**conf. ROXIN, op. cit., p. 557**).

Ahora bien, el Código Penal no menciona la mayor parte de las causas de justificación: precisamente es el espacio de apertura a la totalidad del ordenamiento jurídico y es una consecuencia de la llamada «unidad del ordenamiento jurídico». Veamos, nuestro Código Penal prevé en su art. 34 inc. 4 que «[No son punibles]

4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo». La segunda parte del enunciado prevé la situación del caso que nos ocupa, de modo tal que los derechos reconocidos en todo el ordenamiento jurídico pueden tener un papel relevante en este punto.

La doctrina penal afirma que del conjunto de normas que autorizan la realización de comportamientos típicos deben destacarse los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, pues «como están sustraídos a la libre disposición del legislador, se considera que superan en fuerza justificante a las reglas permisivas del resto del orden jurídico. Consiguientemente, cuando el comportamiento del sujeto encuentra justificación en un derecho fundamental, no existe posibilidad alguna de predicar que el hecho es ilícito, ni en el ámbito jurídico penal ni en el resto del orden jurídico» (**RIGHI, Esteban, 2017, Derecho penal: parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3ªed., p. 324**).

En mi opinión, aun cuando se considerara acreditada la intervención de Raquel María Blas Bazán y Roberto Antonio Macho en el hecho, así como que ese comportamiento resulta típico –situaciones que, como se dijo, no están suficientemente acreditadas–, tal conducta se encuentra justificada.

Solo formalmente puede afirmarse que el comportamiento los procesados puede ser calificado como configurativo de la conducta prevista en el art. 194 del CP, en el sentido de, «impedir el normal funcionamiento del tráfico terrestre».

Sin embargo, una interpretación material de los hechos, que tenga en cuenta el contexto en el que los mismos se desarrollaron, debe concluir en la necesidad de que tales comportamientos sean tolerados socialmente, pues importa el legítimo ejercicio de derechos fundamentales. En lo que sigue me ocuparé

de explicar por qué el hecho intimidado a los acusados supone el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales que no afectó en forma jurídicamente relevante el derecho a la libre circulación. Para explicar esto, en primer lugar, pondré de resalto el vínculo que existe entre la protesta que llevaban adelante Blas Bazán con Macho y la protección de los derechos humanos (a). En segundo orden, explicaré por qué a mi juicio la conducta supuso el legítimo ejercicio de derechos (b).

a.- La protesta social en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Recientemente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «[l]a protesta social es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos» y que «[l]a aplicación del derecho penal frente a conductas de los participantes en una manifestación constituye una restricción grave y con serias consecuencias para la libertad de expresión, y los derechos de reunión, asociación y participación política, que conforme los principios desarrollados anteriormente solo pueden utilizarse de modo muy excepcional y está sujeto a un mayor nivel de escrutinio» (CIDH, **Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, LANZA, Edinson (relator), 2019, OEA, párr. 185**).

En esa oportunidad, la CIDH también enfatizó que «las personas que promueven y lideran manifestaciones son las más afectadas» ya que «son utilizadas para emitir un mensaje hacia otras personas y organizaciones que participan de las protestas» (CIDH, cit., párr. 190).

En este orden, me interesa enfatizar que el uso del sistema penal contra el ejercicio de derechos reconocidos en el ámbito constitucional y convencional puede ser entendido como un mensaje intimidatorio contra quienes lideran organizaciones sindicales, sociales y políticas, pero también contra quienes optan por estos mecanismos de participación ciudadana y política. Ya el hecho mismo de ser sometido a un proceso penal importa la estigmatización de estos actores sociales.

El nivel simbólico que tiene la protesta social en nuestro país -considerando su historia institucional, atravesada por gobiernos de facto y represión social- concentra una serie de consensos políticos y sociales que resulta peligroso poner en tela de juicio mediante la persecución penal.

Dicho en otros términos, si no se garantiza el derecho a la libertad de expresión, la democracia puede tornarse una invocación declarativa, vacía de contenido. Garantizar el derecho a la protesta es proteger una de las herramientas del conjunto social para canalizar demandas de manera pacífica y participativa, que fortalece el sistema democrático.

En este orden, el ámbito de actuación del Derecho penal debe ser analizado meticulosamente, a efectos de no intervenir cuando la protesta no implique conductas constitutivas de delito. La CIDH ha destacado que la criminalización de la protesta social suele tener lugar a través de la aplicación abusiva o extendida de figuras penales o de formas de participación criminal, o de interpretaciones acotadas, sesgadas o descontextualizadas de los hechos.

En esta línea, la CIDH ha recomendado a los Estados interpretar restrictivamente los tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en las protestas, como cortes de ruta o actos de desorden que -en sí mismos- no afectan bienes como al vida, la seguridad o la libertad de las

personas, dado que «en el contexto de protestas ellas constituyen formas propias del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de libre asociación» (CIDH, **Protesta y Derechos Humanos...**, cit. párrs. 207-208).

Debe tenerse presente que el citado informe de la CIDH establece estándares sobre el modo pacífico de la protesta y su protección internacional.

En ese sentido, afirma que «[l]a CIDH también reconoce en este informe que, cualquiera sea la modalidad de la protesta, los instrumentos interamericanos establecen que el derecho de reunión debe ejercerse de manera pacífica y sin armas», que «[e]l derecho de reunión protege la congregación pacífica, intencional y temporal de personas en un determinado espacio para el logro de un objetivo común, incluida la protesta» y que «[l]a protección de los derechos y libertades de otros no deben ser empleados como una mera excusa para restringir las protestas pacíficas» (CIDH, **Protesta y Derechos Humanos...**, cit. párrs. 12, 19 y 32).

Por otra parte, en el caso «López Lone», donde la Corte IDH destacó que «[l]a posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos» (caso Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2015. Serie C N° 302, párr. 167).

b.- La protesta y el ejercicio de derechos constitucionales

La sentencia impugnada descartó que la conducta de los acusados estuviera comprendida en la causal de justificación prevista en el **art. 34 inc. 4 del CP** pues, a su modo de ver, «[s]abido es que la normativa internacional y la propia Constitución Nacional amparan a los trabajadores otorgándoles el derecho a huelga, a reunión y a peticionar a las autoridades, pero también es sabido y sostenido por numerosa doctrina y jurisprudencia, que ningún derecho es absoluto y no pueden ejercerse tales derechos ilimitadamente, mucho menos desarrollando conductas que coincidan con una de las descripciones prohibidas por el Código Penal».

Para resolver el conflicto entre el derecho a huelga y el tipo penal atribuido, afirmó que «[c]oincidió con la defensa respecto de la importancia de los derechos de los trabajadores y de sus formas de reclamo, pero en el caso la modalidad elegida no fue proporcional ni necesaria».

Recordemos que los encartados reconocieron que en esos momentos nos encontrábamos con un Gobierno que acaba de asumir y que se les ofreció una entrevista para ser escuchados, a lo que se negaron rotundamente, incluso Blas dijo no era necesario, sólo queríamos la convocatoria a paritarias», para luego señalar que «[c]orresponde recordar que quienes protestan en la vía pública “están ejerciendo un derecho de libertad de expresión, desde luego enmarcado por el derecho de reunión, pero como cualquier otro derecho constitucional, el ejercicio del derecho de reunión a través de la realización de manifestaciones en la vía pública no es absoluto y está sujeto a las restricciones establecidas por las leyes reglamentarias” (art. 14, CN)» (v. fs. 503 vta.).

Reconocida la colisión entre normas constitucionales, señaló que «el conflicto no puede resolverse desconociendo una de ellas, sino estableciendo un “equilibrio armónico entre esas cláusulas y las restantes contenidas en la [C]onstitución”».

Como los encartados habían recibido una advertencia clara de que obstruir la circulación vial era contrario al ordenamiento jurídico, no podía considerarse que los hechos por los cuales se los acusó estuvieran justificados por el legítimo ejercicio de un derecho.

Explicó que el derecho en cuestión debe ser ejercido legítimamente, lo cual no ocurre cuando se abusa de él mediante vías o medios distintos a los autorizados legalmente.

Concluyó que «se advierte que la postura que propone la defensa exorbita el contenido de los derechos a huelga, reunión y peticionar a las autoridades, atribuyéndoles un significado que no se compadece con el contemplado en el texto constitucional y resulta contrario al resto del ordenamiento jurídico vigente. Además, pretende colocarlo por encima de otros derechos de la misma jerarquía -en particular el derecho a circular libremente que le asiste a toda la ciudadanía- desconociendo el principio según el cual la interpretación de la Constitución Nacional no debe efectuarse de modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, destruyéndose recíprocamente».

Queda claro la jueza que dictó la sentencia reconoció como derechos involucrados en el evento a la libre circulación, por un lado, y a los derechos de huelga, reunión, libre expresión y a peticionar ante las autoridades, por otro. Todos ellos, derechos de raigambre constitucional.

Como se dijo, me parece necesario destacar que el hecho por el cual se ha acusado a Raquel María Blas Bazán y a Roberto Antonio Macho se trata de una manifestación realizada frente a la Casa de Gobierno, en el marco de una medida de huelga adoptada de manera conjunta por organizaciones sindicales nacionales y provinciales.

Blas Bazán y Macho representaban a dos de las agrupaciones que se hicieron presentes ese día, y según la acusación el evento se desarrolló sin incidentes, de manera pacífica, desconcentrándose los manifestantes por voluntad propia alrededor de una hora y media después de que hablar con las autoridades. La jueza consideró acreditado que, al menos durante parte de ese período de tiempo -esto no ha sido precisado con detalle-, el tránsito vehicular sobre la avenida Peltier se vio interrumpido. No se ha alegado ni ha sido objeto de prueba que otras vías de transporte terrestre aledañas se hayan visto afectadas, de manera tal que, a los efectos de esta sentencia, corresponde considerar que el tráfico vehicular por las vías alternativas que rodean el lugar del hecho se encontraba habilitado y permitía la normal circulación. Coincidió con la defensa en cuanto a que el evento sindical del día 24 de febrero de 2016 constituyó una forma de ejercicio de diferentes derechos constitucionales: el derecho a huelga (art. 14 bis CN, art. 8.2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador), el derecho a expresarse libremente (arts. 13 CADH, 19 PIDCP, conf. art. 75 inc. 22 CN), el derecho a peticionar ante las autoridades (art. 14 CN), el derecho a reunirse (arts. 15 CADH, 21 PIDCP, conf. art. 75 inc. 22 CN) y, ante todo, el ejercicio de la libertad sindical garantizada por el art. 14 bis de la CN y de participar democráticamente en los asuntos relevantes para la comunidad (art. 23.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 20 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

En el caso que nos ocupa, el conflicto se plantea con el derecho a circular libremente, también garantizado constitucionalmente (arts. 14 CN, 22 CADH, 12 PIDCP, conf. art. 75 inc. 22 CN).

Tal como afirmó la sentenciante, ningún derecho constitucional tiene primacía jurídica por sobre los demás o puede ser ejercido de forma «absoluta», sin perjuicio de que, materialmente, algunos ostenten una prioridad que deviene del hecho de que son presupuestos para el ejercicio de otros derechos -por ejemplo, la vida respecto de la libertad de prensa-.

El análisis de la relación entre los derechos en pugna permitirá conocer si los acusados ejercieron sus derechos «legítimamente», lo cual es determinante para establecer si la conducta se encontraba o no justificada, por tratarse del legítimo ejercicio de un derecho o no. Para fundamentar la ausencia de una causa de justificación en la sentencia se dijo que «ningún derecho es absoluto, pues todos deben operar según las leyes, su reglamento, su ejercicio, atendiendo a su razón teleológica e interés que protegen». Sin embargo, en mi opinión, este argumento es tan vago que es compatible con cualquier estado de cosas.

Marcar que existe un límite entre los derechos en pugna no dice absolutamente nada sobre dónde se encuentra el punto crítico entre unos y otros, ni cómo se hace la distinción, sobre qué bases, o cuáles fundamentos sirven de apoyo para decir que un derecho termina en un determinado punto, y que luego comienza el otro (**GARGARELLA, Roberto, 2008, «El derecho frente a la protesta social», Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, vol. 58, N° 250, pp. 183-199**).

Ocurre que este modo de razonar deja al tribunal una enorme discrecionalidad a la hora de decidir: precisamente el Poder Judicial se ocupa de resolver conflictos entre derechos, pero ello exige algo más que el mero señalamiento de que existen límites entre ellos.

Según creo es necesario evaluar el caso concreto y determinar si el acto sindical realizado por Blas Bazán y Macho frente a la sede de Casa de Gobierno -que involucró los derechos de libre sindicalización, huelga, petición ante las autoridades, reunión y libre expresión en el marco de una huelga nacional, de la que participaron las veinticuatro delegaciones sindicales de la Asociación Trabajadores del Estado- fue ejercido en forma tal que afectara ilegítimamente el derecho a la libre circulación.

Anticipo que mi respuesta a la cuestión es negativa. En efecto, encuentro que la interferencia al derecho de libre circulación, de haber existido, fue materialmente mínima. Si bien la calle Peltier constituye una arteria relevante en el trazado vial de la ciudad de Mendoza, en particular por la cantidad de líneas de colectivos que la transitan a diario, por la presencia de puntos de conexión con otras vías relevantes y por su elevado flujo vehicular diario, lo cierto es que según los hechos que ha tenido por acreditada la jueza a quo, la interrupción del tráfico se habría producido en un espacio físico relativamente reducido, por un corto lapso de tiempo durante un horario extraño al de máxima circulación, y sin afectar vías muy cercanas de circulación alternativa. La manifestación habría tenido lugar «en la Av. Luciano Peltier a la altura municipal N° 351 de la Ciudad de Mendoza, frente a Casa de Gobierno» (conf. fs. 502).

Aun suponiendo que se llevó a cabo a lo largo de todo el frente de la Casa de Gobierno, la interrupción del tráfico sería mínima, pues se habría encontrado circundada por las dos grandes rotondas ubicadas en los extremos del lugar, que conectan la avenida Peltier con las calles La Pampa y la Av. España y que permiten el flujo vehicular.

Dicho en otros términos, según el hecho que la jueza tuvo por acreditado, existían vías alternativas para la circulación del tráfico, de modo tal que la afectación al tráfico, de existir, fue sumamente leve. En la misma línea, debe tomarse en consideración que el evento habría tenido lugar en un acotado espacio

temporal entre las 11:00 y las 12:30 horas, hasta que se produjo la desconcentración voluntaria de las alrededor de 600 personas que se hicieron presentes.

Por otra parte se encuentra el hecho de que el evento sindical en cuestión se desarrolló de manera pacífica. Si bien, como acertadamente señaló la jueza a quo, el tipo penal previsto en el art. 194 del CP no exige que la interrupción o el entorpecimiento del tráfico sea violento, el señalado no constituye un dato menor pues da cuenta del «sentido» del suceso: se trató de un grupo de ciudadanos ejerciendo los derechos que la Constitución Nacional les reconoce, en el caso, una huelga legalmente anticipada para hacer sus reclamos al Poder Ejecutivo de Mendoza, quien además de ser la autoridad que debe garantizar el ejercicio de los derechos es la patronal para ese grupo de manifestantes.

Además encuentro relevante que al derecho a la libre circulación se opone en el caso a un grupo de derechos. Esta circunstancia, si bien no significa nada en términos aritméticos, permite observar que el caso compromete «algo más» que una mera enumeración de derechos: todos ellos tienen en común que son fundamentales para la participación democrática y plural en los asuntos relevantes para la comunidad. No parece correcto, entonces, acudir como primera medida y sin más reflexión a la legislación penal para resolver el asunto. En casos como el presente es necesario prestar atención a otras cuestiones vinculadas a la justa distribución de los recursos y los derechos constitucionales básicos en pugna.

Cuando se encuentra en juego un conflicto que involucra la protesta social, las decisiones de los tribunales ponen de manifiesto el modo en que entendemos la democracia. A través de la aplicación de normas a casos concretos -una práctica fundamental en nuestro sistema jurídico-, los tribunales tienen la potestad de legitimar, o no, el ejercicio del derecho a la protesta y la libertad de expresión (**GARGARELLA, Roberto, 2008, op. cit.**).

Ahora bien, en esta tarea el Estado debe ser cuidadoso al analizar las críticas provenientes de quienes son alcanzados por las decisiones públicas; y este análisis debe tener lugar de manera previa a la entrada en escena de la ley penal, que debe mantenerse como la ultima ratio.

La democracia se ve muy restringida si el Estado dificulta y disuade penalmente la expresión de las minorías, los grupos desaventajados o los potenciales afectados, cuyas únicas formas de participar del debate político dentro del espacio público en muchas oportunidades sólo son la huelga o la protesta social, debido a que no disponen de otros medios para expresar y hacer oír sus pretensiones o disensos frente a las decisiones estatales.

Más allá del contenido de la manifestación, con el que se puede o no estar de acuerdo, debe descartarse a la protesta social como un problema para la democracia.

La jurisdicción debe proteger a quienes cuestionan el poder público, porque nos encontramos en una democracia representativa, en la que hemos transferido el control de los recursos económicos y de la fuerza pública al poder político, y debemos preocuparnos si el poder político abusa de las facultades que le han sido concedidas.

Por eso es relevante resguardar el ejercicio de la libertad de expresión, de petionar a las autoridades y de manifestarse. Adoptar otra posición puede conducir a la exigencia de absoluto silencio y sumisión a la ciudadanía. Nuestro sistema penal establece límites mediante la tipificación de conductas prohibidas en este ámbito, en los títulos VIII a X del Libro Segundo del Código Penal.

Dentro de esos parámetros existe lugar para que se expresen con libertad quienes entienden que las políticas públicas los perjudican o no los representan. Precisamente es en razón de ello que nuestro diseño institucional protege siempre la representación de las minorías.

En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático (CIDH, Protesta y Derechos Humanos..., cit., párr. 17).

En este caso se trataba de un reclamo sindical en busca de una mesa paritaria de diálogo salarial: precisamente de un espacio para intervenir en decisiones que afectan las necesidades alimentarias de los manifestantes.

Además, el reclamo fue realizado frente a la sede del Poder Ejecutivo provincial con la intención de ser escuchados. La afectación de un segmento acotado de la avenida Peltier, con previo aviso, sin impedir la circulación por vías alternativas y durante un período de tiempo breve, no puede tornar ilegítimo el ejercicio de los derechos constitucionales que llevaban adelante Raquel María Blas Bazán y Roberto Antonio Macho.

El criterio aquí expuesto se ve reforzado por la propia CIDH, que ha indicado que ante una posible colisión, determinada por el modo de la protesta -cuando supone cortar u ocupar parte de una calzada o ruta-, entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, «corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático» (CIDH, Protesta y Derechos Humanos..., cit., párr. 87).

c- Conclusiones

Entiendo que han quedado suficientemente motivadas las razones que conducen a considerar legítimo el ejercicio de los derechos por parte de los acusados. En el caso, a mi juicio la sentencia impugnada realizó una aplicación formalista de figuras penales.

Al pretender sancionar conductas alejadas del contexto de ejercicio del derecho de huelga y a la protesta social en que ocurrieron, desarrolló una interpretación expansiva de la norma penal. El uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio de derechos por parte de líderes sindicales o de cualquier dirigente político o social ha mantenido sometidos a un proceso a dos líderes sindicales durante un tiempo excesivo y suficiente como para generar posiblemente, como lo ha destacado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina.

El amedrentamiento a la expresión a través de la amenaza de imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente.

Por las razones expuestas, propicio al acuerdo la respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Coincido con el sufragio emitido por el Dr. Omar Alejandro Palermo, pero entiendo pertinente añadir los siguientes argumentos, en tanto las conductas atribuidas a los procesados, a la sazón, representantes sindicales, se enmarcaron en el legítimo ejercicio de la libertad sindical.

1. De hecho, la jueza de origen tuvo por acreditado que los hechos cargados sobre los dos (2) procesados –de entre, alrededor de 600 personas humanas– ocurrieron «...en virtud del paro de actividades anunciado públicamente...» por varias asociaciones sindicales y que, durante alrededor de una hora, realizaron reclamos gremiales en el frente de la Casa de Gobierno de esta Provincia. Esa práctica fue desarrollada, según también llegó firme, en forma pacífica, con el sólo recurso a elementos sonoros y artificios pirotécnicos, como bien lo destaca quien me precede en la argumentación. Por lo tanto, como se dijera, el actuar atribuido enmarca en el artículo 34, inciso 4 del Código Penal, excepción que también contempla el derecho privado (v. art. 10, Código Civil y Comercial de la Nación). Por consiguiente, la decisión cuestionada, por sus graves defectos de fundamentación, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a las circunstancias de la causa (CSJN, Fallos: 343:2280; Fallos: 343:2135; Fallos: 343:1827; Fallos: 343:1854, entre muchos). a. Al contrario, el decisorio soslayó la importancia de la libertad sindical. A este respecto, interesa resaltar que la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 22, incorporó con rango constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya cláusula 8ª consagró las denominadas «garantías sindicales» y la supremacía del «Convenio de Organización Internacional del Trabajo N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación» (1948). (i) Bajo ese marco, en la causa «Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación», destacué que el referido Convenios N° 87 -y su par, el «Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva» de 1949, N° 98-, fueron elevados al rango de «Convenios fundamentales» por la Declaración de la Organización mencionada de 1998. Ello tuvo como intención, relaté, establecer un piso mínimo obligatorio para todos los Estados miembros, con independencia de su ratificación (conf. «Los Convenios Fundamentales De La Organización Internacional Del Trabajo», Oficina Internacional del Trabajo, Programa In Focus sobre la Promoción de la Declaración, 2002, primera edición, Segunda impresión 2003, p. 7 y 8). Recordé, además, que esos instrumentos encontraban íntima vinculación con los acuerdos que le sucedieron, tales como: el «Convenio sobre los representantes de los trabajadores», 1971 (núm. 135); el «Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública», 1978 (núm. 151); y el «Convenio sobre la negociación colectiva», 1981 (núm. 154), entre otros. (ii) Observé que la Provincia perseguía limitar la libertad sindical recurriendo a una irrazonable regulación del denominado «ítem aula» (decreto provincial N° 228/2016 y ley local N° 8847) y, con sustento en el Convenio OIT 87 (artículo 3), subrayé que el Gobierno debía abstenerse de toda intervención que tendiera a limitar el derecho a organizar las actividades sindicales y/o su programa de acción o, de otro modo, entorpeciera su ejercicio. Asimismo, recalqué que ello encontraba sustento en el artículo 8º, punto 2 del Convenio 87 OIT («La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio») (v. mi voto en SCJMza., en pleno, sent. del 08/05/2018, «Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación»). b. La sentencia de grado también relegó que la actividad sindical fue desplegada en condiciones pacíficas. (i) Sobre esto, la primera parte del artículo 8

del Convenio OIT 87 prescribe: «...Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad...». (ii) Por eso, tengo señalado, con cita del Comité de Libertad Sindical, que: «...Los derechos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores sólo pueden ejercerse en un clima desprovisto de violencia, de presiones o de amenazas de toda índole contra los dirigentes y afiliados de tales organizaciones, e incumbe a los gobiernos garantizar el respeto de este principio...» (v. mi voto en sent. del 18 de febrero de 2019, «Unión Personal de Juego Casino de Mendoza»). (iii) Por su parte, la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios ha sostenido que: «...las restricciones en relación a los tipos de huelgas sólo se justificarían si la huelga perdiese su carácter pacífico...» y que sería preferible que «...la imposición de restricciones a los piquetes de huelga y a la ocupación de los lugares de trabajo se limitaran a los casos en que estas acciones dejen de ser pacíficas...» (conf. Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO, «Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga», Oficina Internacional Del Trabajo Ginebra, ISBN 92-2-311627-9, Primera edición en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117 (1998), núm. 4. Edición 2000). c. En rigor, la resolución de la instancia, al condenar a los procesados, avaló la actividad del empleador -Estado Provincial-, el que, so pretexto de cumplir con los deberes que le impone el ejercicio de la represión penal, buscó limitar el legítimo ejercicio de la libertad sindical. De este modo, la sentencia convalidó el incumplimiento estadual del deber de abstenerse de toda intervención en el ejercicio de las actividades sindicales (arg. a cont. art. 3 Convenio OIT 87). A la par, en el acto de juzgamiento, incumplió la segunda parte del artículo 8 del Convenio OIT 87, que literalmente reza: «...2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio...». Por ende, el decisorio en crisis efectuó una irrazonable aplicación de la normativa penal en desmedro de las garantías antedichas. 2. A fin de disuadir cualquier resquemor en torno a la aplicación de las garantías en análisis, a los trabajadores públicos, involucrados en esta causa, cabe traer a colación que el Convenio OIT 151, prescribe: «...Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones...» (v. artículo 9). Por eso, todo lo que he argumentado –y continuaré haciendo– en el presente, resulta de estricta aplicación a los encartados. 3. En lo que respecta a la medida de acción sindical que realizaban los procesados, entiendo que ella enmarca en el amplio concepto de huelga, derecho especialmente tutelado por nuestra Constitución Nacional (art. 14 bis), desde que puede ser incluido en él, toda reivindicación de condiciones de trabajo o de protección sindical. (NIGÓN y ots., «Principios de la OIT...», ob. cit.). De hecho, el Comité de Libertad Sindical tiene dictaminado que: «...La celebración de reuniones públicas y la presentación de reivindicaciones de orden social y económico constituyen manifestaciones tradicionales de la acción sindical y que los sindicatos deberían tener el derecho de organizar libremente sus reuniones siempre que se respete la tranquilidad pública...» (v. «Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT», Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006/Sumario, Libertad sindical, Comisión, Consejo de Administración de la OIT, párr. 137). Por eso, los trabajadores públicos –en el caso– tienen expresamente garantizada la protección «adecuad» del ejercicio de ese derecho «...contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo...», tutela que debe ser ejercida especialmente cuando el acto tenga por objeto, en lo que aquí importa, perjudicar a un trabajador de cualquier, a causa de su «participación en las actividades normales de tal organización» (Convenio OIT 151, art. 4). Bajo ese marco, el Comité de

Libertad Sindical tiene dictaminado que «...ninguna persona debe ser objeto de discriminación a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, ya sean presentes o pasadas...» («Libertad sindical: Recopilación...», párrafo 770, citado); y que «...Nadie debería ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima...» (ibíd., párrafo 660). A su vez, en lo que la hipótesis en análisis incumbe, también ha señalado el Comité antedicho que: «...No deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos en que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que estén en conformidad con los principios de la libertad sindical...» (ibíd., párrafo 668). 4. También es sugestiva –y sospechosa de discriminación sindical- la específica selección de personas en este proceso (Blas Bazán y Macho, ambos dirigentes gremiales), por un acto en el que intervinieron alrededor de 800 personas humanas. a. En el punto, tengo dicho que el ejercicio de la representación gremial es base fundamental de las libertades sindicales, y que encuentra reconocimiento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional («... Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo...»). Mencioné, que ello concordaba con el art. 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. XXII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8. a.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo San Salvador, art. 9 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur, y los Convenios OIT 87 y, en el ámbito público, Convenio OIT 151). (v. mi voto en «Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación», cit.). b. Esa protección se dirige contra los actos de discriminación antisindical y es un elemento esencial del derecho de sindicación porque tales actos pueden dar lugar a la negación de las garantías previstas en el Convenio OIT 87 (conf. C.E.A.C.R., Observación, 2020, Publicación: 109ª reunión CIT, 2021, Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, núm. 135, Turquía, Ratificación: 1993, entre muchos).

c. En consonancia, el artículo 1, párrafo 1, del Convenio N° 98 dispone: «...los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo...». Lo propio hace el artículo 6 del Convenio OIT 151 («...1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas...»). d. En ese contexto normativo, no se me ocurre una garantía más trascendente para los representantes de los trabajadores, que la de no verse privados de su libertad física, por ser condenados penalmente, por el legítimo ejercicio del cumplimiento de su gestión sindical. (i) En este sentido, se ha sostenido que los representantes gremiales deben contar con facilidades «apropiadas» para el desempeño de sus funciones (conf. Comité de Libertad Sindical, Informe definitivo N° 332, de fecha Noviembre de 2003, Caso 2223, Argentina, información brindada por el sistema NORMLEX, www.ilo.org). (ii) Y, en forma concordante, este Cuerpo –con distinta integración– decidió que, cuando la restricción del derecho no es comprensible o no atiende al interés público, debe tildarse de «sospechosa» por discriminatoria. (v. **SCJMza., sent. del 09/05/2017, «Honorable Tribunal de Cuentas»; y sent. del 04/04/2018, «SITEA»**). f. Así las cosas, en tanto no quedó demostrado en autos la lesión de un interés público, en tanto la ocupación de la arteria fue acotada, fue efectuada por un gran número de personas humanas –algunas ajenas a las entidades representadas por Blas Bazán y Macho–, y no se incurrió en ningún acto lesivo de la paz social, la persecución penal a los (2) dos dirigentes gremiales imputados es, no sólo incomprensible, sino lisa y llanamente discriminatoria. (i) En palabras del Comité de Libertad

Sindical: «...La detención de dirigentes de organizaciones de trabajadores y de empleadores por actividades relacionadas con el ejercicio de los derechos sindicales es contraria a los principios de la libertad sindical...» (conf. «Libertad Sindical. Recopilación...», ob. cit., párrafo 61. Ad. v. párr. 62 y 92, entre otros) (ii) A su vez, el Comité ha reiterado que: «...Si bien las personas dedicadas a actividades sindicales, o que desempeñen un cargo sindical, no pueden pretender a la inmunidad respecto de las leyes penales ordinarias, las autoridades públicas no deben basarse en las actividades sindicales como pretexto para la detención o prisión arbitraria de sindicalistas...» (ibíd., ob. cit., párr.72). (iii) Por lo demás, en los casos de arresto, detención o condena de un dirigente sindical, el Comité consideró que correspondía al gobierno demostrar que las medidas adoptadas no tenían su origen en las actividades sindicales de aquél a quien se aplicaban (ibíd., párr. 94).

5. En definitiva, avalar la decisión de grado, que condena la intervención de dirigentes sindicales en una «pacífica» –énfasis agregado– actividad gremial, importaría reeditar épocas antidemocráticas, en las que la acción sindical constituía delito y la dirigencia era duramente perseguida, lo que resulta intolerable en un estado constitucional de derecho (v. gr. Decreto N° 556/45 de «Represión de delitos contra la Seguridad del Estado»; o ley 20.840 de «Seguridad Nacional - Penalidades para las actividades Subversivas en todas sus manifestaciones»; o ley 22.105, entre otras).

6. Por todo lo expuesto, adhiero al voto del Dr. Omar A. Palermo y propicio la admisión de los remedios en trato, con la consiguiente casación del dictum censurado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –por los motivos que en lo sucesivo expondré– me permito disentir con la solución a la que arriban mis distinguidos colegas de Sala. A mi entender no asiste razón a los defensores recurrentes en las críticas procedimentales y sustanciales que formulan. 1) En cuanto a la disidencia referida, debo formular algunas consideraciones preliminares que considero pertinentes en cuanto a los motivos que me han persuadido a adoptar esa decisión. En primer lugar, si bien el recurso es formalmente procedente, estimo que la sentencia cuestionada reúne las condiciones exigidas por el Código Procesal Penal, así podemos observar que: trata íntegramente las cuestiones que fueron objeto del juicio; analiza y valora la totalidad de la prueba legítimamente producida y legalmente incorporada a la audiencia de debate; precisa el hecho intimado y determina en forma circunstanciada aquel que ha tenido por probado, así como también, la participación de los acusados, la calificación legal bajo la cual quedaron subsumidos jurídicamente los acontecimientos que constituyeron el objeto del presente proceso y la sanción aplicables; expone en forma concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basó; es autosuficiente y no es contradictoria; observa las reglas de la sana crítica y del recto razonamiento (arts. 206, 409, 411 y 416 CPP). Valoración de las evidencias que se sustentan en el principio de razón suficiente, como en la derivación razonada de las normas aplicables y con ello tuvo por probado que Raquel Blas y Roberto Macho el 24 de febrero de 2016 entre las 11:00 y 12:30 aproximadamente con el propósito de hacer visible la concentración que convocaron atrás de la Casa de Gobierno, para manifestar su protesta, entorpecieron y luego impidieron el normal tránsito de los medios de transporte de pasajeros y vehículos de particulares por la Calle Peltier.

Con lo cual, se advierte desde el comienzo que la queja casatoria incoada por los recurrentes no trasunta de conformar una reiteración de argumentos que fueron oportunamente planteados por las partes y

resueltos adecuadamente –a mi juicio– por el tribunal de sentencia, sin lograr conmover en ninguno de sus puntos el razonamiento que sustenta el sentido condenatorio del fallo en cuestión.

En segundo lugar, no puede soslayarse que el análisis y examen al que estamos convocados como tribunal de revisión, necesariamente debe efectuarse –como sucede en todas las causas penales– de acuerdo al contexto que resulta propio al comportamiento delictivo juzgado.

Ello impone el deber jurídico de apreciar y valorar todo el componente probatorio que acompaña el caso teniendo siempre en consideración las circunstancias subjetivas y objetivas que rodean el hecho, así como también, aquellas inherentes a los aspectos microinstitucionales o macroinstitucionales ínsitos en una decisión judicial.

Escenario que condensa todas las condiciones previas, concomitantes o inmediatamente posteriores al hecho, pues ellas definen el entorno dentro del cual la resolución va a proyectar sus efectos. Lo antedicho exige tener en cuenta, a la hora de resolver, que el caso de autos refiere una acción emprendida a escasos más de dos meses de asumir un nuevo gobierno.

Situación que revela un dato objetivo de la realidad político y social circundante al tiempo de la ejecución de los comportamientos delictivos aquí investigados, que no puede ser desconocida ni eludida al tiempo de examinar la presente causa.

Así, las conductas juzgadas fueron ejecutadas dentro de un contexto de alternancia política que se inserta en el devenir de la recuperación democrática originado a partir de diciembre del año 1983. Por lo tanto, resulta de sentido común que el análisis y la valoración jurídica de las acciones atribuidas a los acusados no lo sea -directa o indirectamente- como si estuviéramos sumergidos dentro del régimen autoritario anterior.

Pues, la lógica del comportamiento de los individuos que conforman una sociedad no es, ni puede ser la misma ante un orden democrático -como el que vivimos y convivimos- que frente a un sistema de gobierno de tipo usurpador y policíaco en el cual, la sola posibilidad de manifestación o expresión colectiva de opiniones a través de una agrupación pública de individuos era precedida de la presencia de miembros de las fuerzas de seguridad –militar, policial– que, con escuadrones antidisturbios, tenían como misión disolver el colectivos de ciudadanos manifestantes.

De acuerdo con todo lo anterior, debemos comprender todos, incluidos los jueces, que la lógica del orden democrático es distinta de aquella autodenominada “Proceso de Reorganización”, lo que precisa y exige de todo nuestro esfuerzo –de acuerdo a la posición individual y colectiva que cada uno de nosotros ocupamos en la sociedad en general, y en las instituciones en particular– que nuestro actuar sea conforme a los valores, principios y garantías que conforman el rasgo distintivo de la realidad democrática que se vive, analizando, valorando y decidiendo contextualizados en el orden democrático vigente.

En tercer lugar, vengo sosteniendo con anterioridad al presente caso que el juez en el sistema acusatorio adversarial no sólo es un tercero que debe ser imparcial, sino además que, además, debe ser imparcial, pues, de esta forma, no solo reafirma materialmente su lugar de tercero en un pleito de partes sino que reproduce dentro del marco del proceso judicial, la impostergable obligación de hacer realidad el postulado republicano de la división y control recíproco de las funciones estatales» (in re “**Flores González**”).

Por lo que lógicamente no debe ni puede hacer tareas propias y exclusivas de las partes y no debe asumir una actividad oficiosa de juez y acusador, ni de juez y defensor (in re **“Tizza”**), sino que debe actuar como juez independiente, imparcial e imparcial, garantizando y administrando justicia según la ley y de acuerdo a lo establecido en la Constitución, como advierto se cumple en la sentencia impugnada.

En cuarto lugar, resulta esencial destacar que «[e]l sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso.

En este sentido, es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos niveles o categorías» (**Bacigalupo, Enrique; “Derecho penal. Parte general”; Editorial Hammurabi; Buenos Aires; 1999; p. 203**) pero este sistema no es la ley penal. Es una herramienta de gran utilidad, pero por su forma de construcción en el transcurso del tiempo, las distintas escuelas y diversas posiciones dentro de ellas, así como su pretensión generalizada de universalidad, genera tal multiplicidad de propuestas, posiciones e, incluso, soluciones antagónicas, que exige prudencia en su utilización para la solución de casos, a fin de que no pierda su carácter instrumental para convertirse en un medio que atente o viole el sentido y la finalidad de nuestra ley, que es -en definitiva- la que corresponde aplicar a los ciudadanos toda vez que su cumplimiento les es exigido.

En quinto lugar, también he expresado en pronunciamientos previos a esta oportunidad que la Corte Suprema de Justicia ha destacado en muchas ocasiones, que los jueces al momento de resolver deben tener en cuenta el impacto de sus decisiones, o lo que la doctrina para la interpretación denomina la «interpretación previsor» (Néstor Pedro Sagües) o la «interpretación consecuencialista» (**Humberto Quiroga Lavie**). (in re **“Maravilla Pereyra”**).

Nuestro ordenamiento jurídico vigente es democrático y corresponde al modelo representativo republicano federal adoptado según lo establece la Constitución Nacional (art. 1), donde se prevén, como objetivos del sistema, entre otros, el de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad por lo que requiere una adecuada convivencia social, de la que los jueces tenemos la alta responsabilidad en su logro y somos principales garantes (in re **“Maravilla Pereyra”**).

Ello precisa que los ciudadanos, en el ejercicio de la libertad responsable, cumplan con las leyes, con las reglas de juego de la convivencia social dentro del orden democrático establecido y que los jueces hagamos cumplirlas.

Desde allí, y adelantándome al análisis que seguiré en lo sucesivo, no puedo dejar de anticipar y resaltar aquí el impacto negativo que supondría, para el sistema democrático, aceptar que exista un derecho de cortar la calle como parte del derecho de reunión y/o de manifestación y/o expresión y/o de huelga y/o el de petición y que, tanto la forma, el modo o la intensidad del mismo, quede al arbitrio, de la -buena o mala- voluntad o, autolimitación de los convocantes y de los manifestantes.

Pues ello traduciría una suerte de privatización del establecimiento del Derecho y la supresión de las atribuciones del Congreso y la Legislatura, generando para la sociedad en general un deber de tolerancia violatorio de expresas disposiciones constitucionales y legales y por lo tanto el Estado estaría en imposibilidad de actuar, anarquizando la convivencia y generando la ingobernabilidad; que en “la versión contemporánea del problema del estado que peca no por exceso sino por defecto de poder” (**Bobbio**,

Norberto; “Crisis de la democracia y la lección de los clásicos” en “Crisis de la democracia” de Norberto Bobbio, Giuliano Pontara y Salvatore Veca; Editorial Ariel; Barcelona; 1985; p 17).

Mientras que en particular, los ciudadanos no convocantes ni manifestantes sufrirían una imposición gravitante y limitante, indebida, ilegal, injustificada y grave sobre sus derechos. De este modo entonces, y para finalizar este segmento argumentativo introductorio, entiendo necesario destacar que en el caso traído bajo estudio, la función comunicativa de la administración de justicia a través de las decisiones de los jueces, o sea del impacto de las decisiones judiciales, resulta esencial y evidente (in re “**Maravilla Pereyra**”), por lo que necesariamente debemos prever cuál será el impacto de lo decidido sobre los componentes de la realidad que resultarán alcanzados con las mismas.

2) En cuanto a los recursos, y considerando la prácticamente absoluta identidad entre los planteos formulados por los defensores de Raquel Blas Bazán y Roberto Antonio Macho, el tratamiento que a continuación brindaré a los agravios expresados será conjunto.

A los efectos de ordenar el tratamiento de las numerosas cuestiones implicadas en este caso, comenzaré por explicar la improcedencia de los vicios procedimentales invocados (i). Posteriormente, me ocuparé de revisar la interpretación y aplicación del derecho sustancial por parte de la jueza a quo (ii). (i) En el plano procedimental los recurrentes cuestionan que el hecho que se les atribuye a Raquel Blas Bazán y Roberto Macho esté acreditado. En lo que sigue, recuperaré las críticas de este tipo planteadas en el recurso (i.a) para luego abordar su tratamiento (i.b). i.a.- La valoración probatoria efectuada por la jueza a quo, ha sido tachada en los recursos de arbitraria y parcial y, por esa razón, conllevaría la nulidad por falta de fundamentación de la resolución. A juicio de los defensores, la prueba no lograría refutar la teoría del caso de los acusados ni demostrar que éstos ejercían dominio sobre las más de seiscientas personas que impidieron el normal funcionamiento del transporte terrestre. Los agravios concretos que plantean son: 1°) respecto de la declaración de los acusados, que negaron haber ocupado la calle, no se habría logrado rebatir su explicación del suceso ni tomado en consideración que la concentración de personas se dio en el marco de un paro nacional, informado con anticipación a las autoridades, efectuado pacíficamente en la vereda, sin intención de afectar el tránsito y al que se incorporaron diversas agrupaciones sindicales ajenas a las que ellos dirigen; 2°) el testimonio de Elizabeth Ormezzano, funcionaria del Poder Ejecutivo provincial, a quien se brindó credibilidad a pesar de que se contradujo seriamente; 3°) las fotografías aportadas por la defensa fueron empleadas como prueba de cargo a pesar de que no demuestran que el tráfico se haya visto interrumpido, y que ninguna imagen muestra a los acusados en la calle ni obstaculizando el transporte -agravio éste vinculado al análisis de la autoría de los acusados, que será abordado entre los vicios in iudicando-; y, 4°) sobre el croquis ilustrativo aportado por la Policía, las comunicaciones del CEO y las testimoniales Ormezzano, Purgue y Olivares, sostienen que no ubican a los acusados en la calle o repartiendo directivas para interrumpir el tráfico vehicular, ni demuestran que se haya impedido, entorpecido o estorbado el tráfico. i.b.- Tal como lo anticipé, ninguno de estos cuestionamientos hace mella -según mi parecer- en la decisión de la jueza a quo. En efecto, en punto a la declaración de los acusados debo destacar, en primer lugar, que la defensa material que ejercieron fue tomada en consideración en la sentencia impugnada (v. fundamentos, fs. 501 vta. y 502). Así, se valoró que Raquel Blas Bazán reconoció que el día del hecho se realizó un paro nacional convocado por A.T.E., que sus compañeros se colocaron sobre la vereda en las escalinatas -esto es, detrás de la Casa de Gobierno y no en la explanada que se encuentra en el frente norte- y que por eso instalaron los micrófonos allí.

Señaló que también se acercaron otras agrupaciones y sindicatos a ofrecer apoyo, aunque no dependían de ellos.

Cuando se presentó una mediadora -Elizabeth Ormezzano, directora del Programa de Mediación del Gobierno- sólo se le preguntó cuál era el reclamo que tenían y les ofreció hablar con algún funcionario, aunque ellos no querían hablar sino que se convocara a paritarias y se reincorporase a ciertos empleados despedidos. También le dijo a Ormezzano que no podía precisar cuánto iba a demorar la manifestación, y enfatizó que no se cortaron calles, puesto que no se había organizado un corte de calle, y que el tránsito no fue obstaculizado. Explicó que intervinieron policías en bicicleta y que ellos fueron los que cortaron el tráfico.

Ella se colocó a sí misma en la vereda donde estaban los micrófonos y no en la calle. La jueza también valoró la declaración de Roberto Macho, quien se expresó sobre el contexto y los motivos de la movilización y adhesión al paro nacional. Afirmó que se había notificado al Gobierno de Mendoza y al Ministerio de Trabajo de la Nación de la concentración.

Reconoció haber estado en el lugar, haberse trasladado allí desde el denominado kilómetro cero (en referencia a la intersección de calles San Martín y Garibaldi), y sostuvo que la mediadora no se comunicó con él. Defendió su derecho a huelga, a manifestarse y cortar la calle, aunque señaló que en ese caso no se cortó ninguna calle.

Afirmó haber hablado por el micrófono ante muchas personas presentes, y negó tener control sobre otras agrupaciones.

También destacó el carácter pacífico y el previo aviso del acto. Ahora bien, la defensa argumenta en esta instancia que los testimonios en cuestión no fueron correctamente valorados. Esta afirmación no puede ser acogida, puesto que de los fundamentos de la decisión surge claramente que los testimonios fueron puestos en relación con la restante prueba incorporada a la causa y que, en base a ello, la jueza tuvo por acreditada la interrupción del transporte atribuida. Conforme a las reglas de nuestro sistema procesal existe libertad probatoria, de modo que los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo excepciones previstas en la ley (art. 205 del CPP). Además, la prueba debe ser valoradas con arreglo a la sana crítica (art. 206 del CPP).

En el tratamiento del agravio que nos ocupa, adviértase que del hecho de que los acusados nieguen haber obstruido la calzada o haber interrumpido personalmente el tráfico no se sigue la atipicidad de la conducta, puesto que la ocupación de la calle Peltier de Ciudad fue acreditada por otros medios de prueba.

Así lo afirmó la jueza: «[...] el tránsito se vio interrumpido totalmente (en contra de la defensa intentada en este sentido por los encartados, apoyados en estos últimos testimonios), obran el acta de denuncia de fs. 1, el acta de procedimientos de fs. 3, el croquis ilustrativo de fs. 4, las fotografías incorporadas a fs. 127 y siguientes y los testimonios de Ormezzano y Bruno Gonzalo Purgue, quienes resultaron contundentes en afirmar que calle Peltier se cortó en su totalidad. [...] A lo expuesto, se suma el detalle de las comunicaciones cursadas por el CEO en relación al hecho investigado, surgiendo de una de las comunicaciones que figura a fs. 56, que los manifestantes cortaron la arteria este y oeste. [...] Los testimonios de la defensa, deben ponderarse en cuanto a su mérito convictivo teniendo en consideración el vínculo sindical que une a los deponentes con los encartados así como también el hecho de que todos

ellos señalaron a los inculos como sus referentes en un reclamo que compartían, situación ésta que naturalmente los inclinaría a declarar en favor de los mismos [...].

Por el contrario, el mérito convictivo del acta de procedimientos, instrumento público que hace fe salvo que sea argüido de falsedad, el croquis ilustrativo e inspección ocular llevada a cabo el día y hora de los hechos por los funcionarios policiales actuantes, debidamente ratificados, apoyados en las constancias del CEO y tomas fotográficas, sumados a los testimonios en contrario de Ormezzano y Purgue, no pueden ser cuestionados en su imparcialidad, no existiendo vínculo alguno entre estos testigos y los encartados que justifique la sospecha de que los mismos tuvieran alguna motivación encaminada a perjudicar a los encartados, afirmando un corte total de calle Peltier que no hubiere tenido lugar, más aún cuando la presencia de la mediadora Elizabeth Ormezzano sólo se solicita cuando se produce el mencionado corte total de la circulación, habiendo reconocido los imputados su presencia en el lugar de los hechos e incluso Raquel Blas indicó que habló con Ormezzano en dos oportunidades» (v. fundamentos, fs. 502 y vta., el destacado es original).

De manera tal que la primera premisa de este cuestionamiento, esto es, la falta de valoración de los testimonios de los acusados debe ser descartada de plano. La segunda premisa, la errónea o arbitraria valoración de la prueba, tampoco puede tener acogida puesto que no se advierten falencias lógicas o argumentativas en el razonamiento de la jueza a quo. En efecto, advierto que ha tomado en consideración los puntos de las declaraciones de Blas Bazán y Macho que mejor hacían a su defensa, pero les ha restado crédito en vista de las pruebas objetivas y subjetivas que contradicen sus dichos, en particular en cuanto demuestran que el corte de la calle en cuestión efectivamente tuvo lugar, a causa de gente movilizada por éstos. En otras palabras, la decisión da crédito a la defensa material de los acusados en un todo, a excepción de lo que otra prueba contradice de manera inequívoca y con contundencia.

Por ello, el agravio debe ser rechazado. El segundo agravio se vincula a la credibilidad brindada a la testigo Elizabeth Ormezzano, quien se desempeñaba entonces como directora del Programa de Mediación del Gobierno de Mendoza.

La defensa ataca la credibilidad de su testimonio puesto que incurrió en contradicciones. Al respecto, debo hacer dos consideraciones.

En primer lugar, señalar que la declaración en cuestión no es decisiva para tener por probados los hechos, puesto que todas las premisas fácticas que su declaración tiende a probar también han sido acreditadas mediante otros medios de prueba.

En segundo orden, advertir que las contradicciones a las que refiere la defensa, así como la explicación brindada por la misma testigo, fueron tomadas en consideración por la jueza. Veamos.

Respecto de lo primero, tengo en cuenta que la declaración de Ormezzano aporta sustento probatorio a los siguientes extremos del hecho acusado: que la calle Peltier se vio interrumpida en su tránsito y un llamado del 911 le dio intervención, que se acercó a quienes dirigían el evento -entre ellos, a Raquel Blas Bazán- a solicitarles que liberasen al menos un sentido de la calzada, y que les propuso alternativas de diálogo a las que se negaron (v. fundamentos, fs. 500 y vta.). La declaración de la propia acusada Raquel Blas Bazán reconoce que Ormezzano se aproximó a dialogar con ella y que le solicitó que despejara la vía pública. Que el tránsito se vio interrumpido es, como vimos, un extremo que la jueza consideró acreditado a partir de otras pruebas, la mayoría de ellas actuaciones públicas que no han sido impugnadas.

De manera tal que la crítica a su credibilidad, aún en caso de proceder, es inocua para el razonamiento de la jueza, quien además afirmó: «[c]abe destacar que los dichos de Elizabeth Ormezzano, también se corroboran en gran parte mediante el testimonio de todos quienes declararon en debate incluso los testigos ofrecidos por la defensa y los propios imputados» (v. fs. 502).

Sin embargo, y ya respecto de lo segundo, debo señalar que la jueza tomó en consideración el hecho de que durante el debate Ormezzano se contradijo. En efecto, surge de los fundamentos de la sentencia que aquella testigo «[c]ontinuó afirmando que comenzó la concentración en el lugar, sosteniendo en un primer momento que [los manifestantes] prendieron fuego en la vía pública, empezaron a tirar cosas prendidas y existieron disturbios.

Ante esta afirmación y a pedido de la defensa se incorporó su declaración prestada en autos a fs. 42 sólo en lo referente a la contradicción detectada y previo reconocer firma indicó que podía ser que se hubiere confundido en su declaración en Debate por cuanto tuvo otra manifestación igual a los pocos días.

Concretamente aseguró que cuando les pidió a los encartados que liberaran media calzada le dijeron que no, que iban a estar allí hasta que tuvieran una respuesta, habiendo también otra gente escuchando [...]» (v. fundamentos, fs. 500 vta.). Sin embargo, la jueza a quo tuvo en cuenta esta contradicción y la valoró, a mi juicio, de manera inimpugnable: «[a]hora bien, cierto es que Ormezzano confundió en un momento su relato en Debate indicando que se había prendido fuego en la vía pública, pero en cuanto se le hizo notar la contradicción se desdijo justificando su error en el hecho de que había tenido que intervenir en otra manifestación de similares características cercana en el tiempo.

Además en el resto de su relato coincidió con sus dichos al momento de efectuar la denuncia y se evidenció, segura, imparcial y coherente en su relato» (v. fundamentos, fs. 502 vta.). La crítica defensiva, en definitiva, es una mera enunciación de disconformidad antes que como la acreditación de arbitrariedad o errónea valoración probatoria, lo cual sella su suerte adversa. En tercer lugar corresponde analizar el agravio vinculado a las fotografías aportadas por la defensa. La jueza sentenciante consideró que las fotografías incorporadas a fs. 127 y siguientes contribuían a acreditar «[q]ue el tránsito se vio interrumpido totalmente» (sentencia, fs. 502). Coincidió con la conclusión expresada en la resolución impugnada.

Para analizar este agravio me he valido de la compulsas de las fotografías en cuestión, incorporadas a fs. 127/135 de autos y luego ofrecidas en el debate y valoradas en la sentencia. A fs. 127 y vta. puede observarse la parte posterior de la Casa de Gobierno -la fachada sur- con algunas personas caminando por la calle interna ubicada entre la avenida Peltier y el edificio, y se ven personas sentadas en las escalinatas que dan a la avenida Peltier.

En la foto de fs. 130 puede advertirse un círculo de personas identificadas con remeras de ATE sobre la vereda, y a la derecha se ven personas sosteniendo pancartas transversales a la calzada norte de la calle Peltier. Las fotos de fs. 131, 132 y 135 exhiben un gran número de personas ocupando esa mano de la calle Peltier, sin que se pueda advertir si la mano contraria, ubicada al sur, está completa o parcialmente ocupada. Algunas de las personas presentes sostienen pancartas identificadas con la agrupación sindical de los acusados, ATE.

Finalmente las fotos de fs. 133 y 134 muestran micrófonos y dirigentes hablando ubicados sobre la vereda, de espaldas a las escalinatas y a la Casa de Gobierno, de frente a la avenida Peltier. El contenido de las

fotografías reseñado disuelve, a mi juicio completamente, cualquier agravio de la defensa, puesto que muestran con claridad que los manifestantes a quienes los acusados dijeron convocar ocuparon al menos parcialmente la avenida Peltier, interrumpiendo con seguridad al menos el tráfico de la mano norte. Esta prueba objetiva, valorada a conciencia y según las reglas de la sana crítica racional, impide hacer lugar al cuestionamiento defensivo, puesto que cotejada con el resto del material probatorio acreditan que primero se estorbó la normal circulación vehicular, y luego se la interrumpió totalmente. Lo mismo ocurre con el cuarto agravio sobre valoración probatoria, según el cual el croquis ilustrativo aportado por la Policía, las comunicaciones del CEO y las testimoniales de Ormezzano, Purgue y Olivares, no ubican a los acusados en la calle o brindado directivas para interrumpir el tráfico vehicular, ni demuestran que se haya impedido, entorpecido o estorbado el tráfico. La jueza sentenciante afirmó que de los dichos de Ormezzano surgía que la manifestación liderada por los acusados había interrumpido toda la calle Peltier, y que sus dichos «[...] se corroboraron con el acta de procedimiento de fs. 03, de la que surgen las mismas circunstancias narradas por la ciudadana Ormezzano, y que han sido debidamente ratificadas por los efectivos policiales Gabriel Ramón Olivares y Bruno Purgue [...]» (sentencia, fs. 502).

También sostuvo que los dichos de Ormezzano «[...] también se corroboran en gran parte mediante el testimonio de todos quienes declararon en debate, incluso los testigos ofrecidos por la defensa y los propios imputados [...]» y en este orden el acta de denuncia de fs. 1, el acta de procedimientos de fs. 3, el croquis ilustrativo de fs. 4, las fotografías de fs. 127 y ss. y el detalle de las comunicaciones cursadas por el CEO en relación al hecho investigado contribuían a acreditar la veracidad de la versión de Ormezzano (sentencia, fs. 502 y vta.). Descartó que tales pruebas, especialmente los testimonios de Olivares y Purgue, pudieran interpretarse de otro modo, pues «[...] no puede ser cuestionados en su imparcialidad, no existiendo vínculo alguno entre estos testigos y los encartados que justifique la sospecha de que los mismos tuvieron alguna motivación encaminada a perjudicar a los encartados, afirmando un corte total de calle Peltier que no hubiere tenido lugar, más aún cuando la presencia de la mediadora Elizabeth Ormezzano sólo se solicita cuando se produce el mencionado corte total [...]» (sentencia, fs. 502 vta.).

La jueza sentenciante concluyó que «[...] no puede sino afirmarse con certeza convictiva que en las circunstancias temporoespaciales indicadas en la Acusación Fiscal, Roberto Macho y Raquel Blas estuvieron en el lugar de los hechos acompañando, como referentes, a un grupo de entre seiscientas a ochocientas personas no identificadas en autos, tomando Macho la palabra durante la concentración y por un período de una hora y media aproximadamente, período durante el cual se vio seriamente entorpecido y luego impedido el normal funcionamiento de los servicios de transporte de pasajeros, vehículos particulares y personas en general [...]» (sentencia, fs. 502 vta.).

El rol de los acusados en la ocupación de la calzada lo es a título de dirigentes gremiales organizadores del evento, quienes -tal como lo reconoció uno de los acusados- colocaron los micrófonos con los que iban a hablar a las personas que habían convocado en la vereda lo que, necesariamente, implicaba que el público al que se dirigían se ubicara sobre la avenida Peltier. Luego analizaré con mayor detenimiento la autoría de Blas Bazán y Macho, pero ahora téngase presente que no es necesario, para que se verifiquen los extremos típicos que hayan estado sobre la calle, puesto que ellos ostentaron facultades de organización y dispusieron que el público que convocaron interrumpiera el tráfico. En otras palabras, al disponerse a hablar frente a la avenida Peltier instrumentalizaron a las personas convocadas, quienes no tuvieron otra opción que colocarse allí para participar del evento. En relación con el segundo tramo de la crítica, la compulsa de las constancias de autos impide acoger el argumento. En efecto, observo que el croquis

ilustrativo de fs. 04 señala con la referencia “X1” la presencia de manifestantes en la vereda, la calle interna de Casa de Gobierno y ambas calzadas de la avenida Peltier. Por su parte, el desgrabado de las comunicaciones del CEO de fs. 56 refiere a las 11:02 del día 24/02/2016 «Supervisor de UU. CC. EE. solicita que T. M. de capital corte en la rotonda antes de llegar a la Casa de Gobierno, debido a que han cortado la arteria este y oeste [en alusión a ambas manos de calle Peltier]», y para las 12:17 hs. se reporta «Informa que ya ha sido liberada en su totalidad la calle Peltier».

En cuanto al testimonio del efectivo policial Bruno Gonzalo Purgue, éste señaló que ha intervenido en incontables manifestaciones, por lo que no podía recordar el caso puntual; pero al exhibírsele el acta de procedimiento, el croquis ilustrativo y su ratificación, reconoció su firma y explicó cuál era su función en todo procedimiento ante manifestaciones; y luego recordó que en esa oportunidad la avenida Peltier se cortó en su totalidad al menos en el lado norte de la calzada. Concretamente, Purgue «[...] recordó espontáneamente, que Avenida Peltier se cortó en su totalidad, desde el espacio verde en el tramo Norte en su totalidad, creyendo que el tramo Sur también se cortó [...]» (v. fundamentos, fs. 500 vta.).

Por su parte, Gabriel Ramón Olivares no pudo recordar con exactitud el hecho, aunque sí que ese día hubo una manifestación y que hubo muchas personas (fs. 501 vta.). En síntesis, ninguna de las críticas a este grupo de elementos de prueba de la defensa tiene entidad mínima suficiente para conmover la decisión.

Se trata, a mi juicio, de meras afirmaciones que impugnan la sentencia sin poder crítico y que decaen a poco de contrastarlas con la sentencia y las constancias obrantes en la causa. La valoración probatoria y la motivación de la sentencia luce debidamente fundada, puesto que la jueza a quo meritó las pruebas de manera integral, vinculándolas unas con otras e inspeccionando cada uno de los puntos críticos señalados durante el debate por la defensa. La estrategia de la defensa consiste en aislar medios probatorios para debilitar su potencial convictivo, sin tener en cuenta que esta Sala reiteradamente se ha expedido por la vigencia de la teoría de la unidad de la prueba, en tanto impone como regla su ponderación conjunta, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (conf. «**Barrionuevo, Axel**», «**Gómez Muñoz**», entre otros), que es lo que ha ocurrido en el caso. En definitiva, como primera conclusión parcial puede afirmarse que los hechos se encuentran acreditados, tal como surge de la valoración probatoria llevada adelante por la jueza sentenciante. (ii) Deslindada la crítica procedimental, pasaré entonces a ocuparme de la sustancial. El esquema de análisis será similar al anterior: en primer lugar, identificaré los agravios vinculados a vicios in iudicando y explicaré brevemente el funcionamiento del delito penal endilgado a los acusados (ii.a); y en segundo orden, abordaré las cuestiones relativas a la autoría (ii.b). En un tercer apartado examinaré la calificación legal del caso, para lo cual abordaré la principal defensa esgrimida en los recursos, que afirma que la conducta en cuestión se encontraba al amparo de una causa de justificación (ii.c). Los defensores cuestionan que Blas Bazán y Macho puedan ser considerados autores del delito previsto en el art. 194 del CP, considerando que no fueron ellos estrictamente quienes entorpecieron, estorbaron o impidieron la circulación vehicular, puesto que no se colocaron sobre la calle Peltier.

También sostienen que los acusados habrían obrado en el ejercicio legítimo de sus derechos de huelga, reunión, de peticionar ante las autoridades y de libre expresión, lo que se encontraría al amparo de una causa de justificación conforme al art. 34 inc. 4 del CP.

Negar esta justificación, a juicio de los defensores, implicaría negar la posibilidad de descontento ante la autoridad. Resaltan el carácter pacífico de la manifestación y afirman que se llevó a cabo conforme a las reglas de la OIT sobre el derecho de huelga. Sostienen que ningún derecho -entre ellos, la libre circulación- es absoluto ni prima sobre los demás. Debe tenerse presente que el ilícito penal previsto en el art. 194 del CP prevé como acciones punibles las de entorpecer, estorbar o impedir el normal funcionamiento del transporte por tierra, agua o aire, o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, sin crear una situación de peligro común. En este orden, «[i]mpedir es imposibilitar o suspender el funcionamiento de los transportes o servicios. Estorbar es obstaculizar, molestar o incomodar. Entorpecer es turbar, poner trabas o dificultades, desorganizar, retardar el funcionamiento de aquéllos» (conf. ESTRELLA, Oscar Alberto; GODOY LEMOS, Roberto, **Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 3, 2000, p. 95**).

En este orden, las acciones pueden recaer tanto sobre los transportes mismos como sobre instalaciones empleadas para prestar el servicio, o sobre los objetos que lo posibilitan. El bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de los transportes, que pueden ser tanto de uso público como privados de uso particular.

La tutela no recae sobre los transportes mismos, sino sobre su regular desenvolvimiento. Se trata de una figura dolosa, aunque no se requiere en el agente ningún propósito o fin específico. Para su consumación se exige que realmente se haya visto impedido, estorbado o entorpecido el normal funcionamiento de los objetos tutelados (conf. ESTRELLA, Oscar Alberto; GODOY LEMOS, Roberto, *cit.*, pp. 96/97).

Tal como ha sido planteado por la defensa, un primer problema se vincula a la fundamentación de la autoría de Blas Bazán y Macho. Un segundo problema a resolver sería la posibilidad de que su conducta haya estado justificada en el legítimo ejercicio de derechos, lo que implica examinar la posible prevalencia de los derechos en juego: por una parte la libre circulación y, por otra, los derechos invocados por la defensa.

ii.a.- En relación con la autoría de los acusados es fundamental destacar, puesto que los recurrentes lo impugnan, que la acusación dirigida contra Raquel Blas Bazán y Roberto Antonio Macho toma en consideración su rol como dirigentes gremiales con poder de organización de las personas que convocaron a la manifestación por ellos organizada. Esto es sumamente relevante para descartar el peso crítico de la aproximación naturalística que pretende instalar la defensa, esto es, que como los acusados no estaban personalmente en la calzada de la avenida Peltier, no puede imputárseles su interrupción.

Debe tenerse presente que ambos acusados reconocieron el rol jerárquico que se les atribuyó, y que la autoría del tipo previsto por el art. 194 del CPP no requiere la ejecución «de propia mano». Entiendo que en el caso resulta razonable considerar que Raquel Blas Bazán y Roberto Macho son autores del delito puesto que -según consta en los registros fotográficos incorporados a la causa- se colocaron sobre la vereda norte de la Avenida Peltier, con micrófonos y parlantes dispuestos hacia el sur para hablar frente a las personas que habían convocado, quienes no tenían otra forma de presenciar el acto que no fuera colocándose sobre la vía en cuestión. Sobre este extremo, la jueza sentenciante sostuvo que «[...] se ha probado que tanto Macho como Blas eran los referentes directos y si bien ambos dijeron que ellos no toman decisiones de manera jerárquica sino que todo se acuerda con sus compañeros, resultan desmentidos en este aspecto por el resto de las constancias de autos.

Se menciona en primer lugar que los propios dichos de los encartados cuando indicaran que “los otros sindicatos y agrupaciones que concurren al lugar no dependen de nosotros” (Blas) y que “No podemos controlar a las otras agrupaciones” (Macho), con lo que evidencian que sí, por su condición, tomaban las decisiones como referentes de sus compañeros [...]» (sentencia, fs. 503).

También consideró que el evidente rol de los encartados en la manifestación «[...] como referentes y convocantes, no deja lugar a dudas del conocimiento que tenían de que estaban cometiendo un hecho ilícito como consecuencia directa de su voluntad encaminada a visibilizar sus reclamos y no obstante ello continuaron participando en el acto en cuestión, incluso orando hacia la multitud que sabían se encontraba obstaculizando e impidiendo el tránsito vehicular [...]» (sentencia, fs. 503).

La evaluación llevada adelante por la jueza sentenciante, aunque lacónica -cómo exige el inc. 2 del art. 411 del CPP-, permite explicar adecuadamente la autoría de Macho y Blas Bazán. Que los acusados ejercieron el dominio del hecho es un extremo que queda fuera de discusión -y con ello, se descarta completamente el agravio defensivo-. Si se considera la mecánica de los hechos que conforman el objeto procesal de los presentes obrados, en plena conformidad con las reglas del recto razonamiento y de la experiencia común -indispensables para valorar la prueba conforme a la sana crítica racional-, no cabe margen que permita sustentar mínimamente la duda de que tanto Blas Bazán como Macho -ambos dirigentes sindicales que convocaron a las personas afiliadas a ATE a la movilización y concentración en cuestión en el lugar elegido y disposición de los micrófonos, y en ellos se referenciaban los convocados- son indiscutiblemente los autores de los ilícitos enrostrados, pues emprendieron, prosiguieron y tuvieron la posibilidad de detener el curso causal del hecho ilícito.

A ese modo de ocurrencia de los hechos, resulta importante advertir que además actuaron orando -en el sentido de hablar al público-. En el conocimiento científico de la civilización y en la experiencia común, el orador representa la palabra esperada, que guía, que enseña, que da luz; que dirigida, como en este caso, desde la vereda tras la Casa de Gobierno a las personas que concurren a la convocatoria es el símbolo de quien lidera; pero que si, además tiene poder de convocatoria y concentración, como quedó probado que Blas y Macho eran reconocidos por los asistentes como los referentes, y que en su calidad de dirigentes sindicales hicieron la convocatoria, en consecuencia se reafirma la calidad de autores, que emprendieron, prosiguieron y tenían la posibilidad de detener el curso causal del hecho ilícito y no lo hicieron.

Esa autoría, no es de propia mano en la ejecución del delito, sino de autores mediatos, que tienen el dominio del hecho y tenían subordinada la voluntad de los concurrentes (hombre -mujer o varón- de delante) quienes fueron instrumentalizados por la convocatoria a ese lugar y por la disposición de los micrófonos para los oradores para recibir la palabra y visibilizar el evento con las características que ellos determinaron, donde los acusados tuvieron el efectivo control de las voluntades y del curso causal del hecho ilícito.

Además, es evidente que las organizaciones sindicales son aparatos de poder donde los referentes tienen en sus manos la organización, lo que en el caso quedó demostrado, porque los concurrentes se referenciaron inmediatamente en ellos (**Righi, Esteban; “Derecho Penal. Parte General”; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires; págs. 378/387**).

Si bien es posible que haya intervenido otro autor (mediato) o que entre los concentrados pudieran haber partícipes no individualizados, ello no modifica la responsabilidad penal ni la calidad de autores mediatos a los acusados Blas y Macho, y como muy bien expresara la sentenciante “lo cierto es que me encuentro llamada a resolver en este caso concreto y en el que fue elevada la causa a juicio sólo en contra de los imputados Raquel Blas y Roberto Macho” (fundamentos a fs. 503 vta). En definitiva, el dominio del hecho que fundó la autoría de Macho y Blas Bazán ha sido concisa y correctamente abordado en la sentencia, por lo que la crítica defensiva no puede ser acogida.

ii.b.- Corresponde ahora ingresar en la cuestión relativa a la posible justificación de la conducta de los acusados. Anticipo que a mi juicio no se trata más que de una mera argucia defensiva, consistente en omitir deliberadamente el hecho de que los acusados tenían a disposición una forma jurídicamente correcta de ejercer los derechos que invocan. En otras palabras, no estuvo ni está en tela de juicio la importancia de los derechos de huelga, de peticionar a las autoridades, de reunirse, ni la libre expresión o circulación.

Tales derechos, como lo ha afirmado la jueza sentenciante, tienen reconocimiento constitucional y están protegidos incluso penalmente. Lo que ocurre es que existe una forma válida de ejercerlos y otra prohibida: los acusados eligieron la forma prohibida -pudiendo optar por la válida- y su defensa pretende instalar una falsa dicotomía.

En lo que sigue, me ocuparé de profundizar este punto. Se trata de una cuestión que esconde un problema relativo a la visión del Estado y de la democracia que tiene la propuesta defensiva, por lo que, para su análisis, comenzaré de lo general a lo particular.

Explicaré el carácter constitucional de nuestro Estado y republicano de nuestra democracia, para luego abordar el rasgo político de la protesta en cuestión, que pretendía «llamar la atención» del Gobierno.

Luego ingresaré en el aspecto estrictamente penal del asunto, y descartaré la justificación pretendida. Ya desde el plano metodológico debo exponer el distinto punto de partida que tengo con la defensa, así como con la posición preopinante a mi voto. En el Estado constitucional de derecho no corresponde a la jurisdicción seleccionar qué derechos priman sobre otros. No es posible propiciar ese tipo de soluciones en las cuales, según el arbitrio judicial, un principio constitucional -y un derecho protegido por éste- pueden perder vigencia. Tal como lo he señalado con anterioridad, coincido en este punto con la crítica que FERRAJOLI plantea a esa forma de «neoconstitucionalismo», pues lleva al debilitamiento de la normatividad y altera la jerarquía de fuentes al colocar por encima de la Constitución y la ley a la doctrina y la jurisprudencia (conf. «Félix, Emir Roberto y ots. p/ acción de inconstitucionalidad», 2/08/2019).

El problema de la distinción propuesta por la defensa es que conlleva un debilitamiento normativo de los principios del constitucionalismo, una degradación de su valor a meros objetivos colectivos o directrices programáticas, puesto que pueden ser -llanamente- dejados de lado por organismos judiciales (v. **FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista...”, cit., pp. 37-41).**

Otro aspecto de la aproximación señalada es que implica la idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes, a las que se encuentran sometidas la jurisdicción y la legislación por ser de un grado subordinado a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentos morales que dan lugar al desarrollo de una inventiva jurisprudencial de creación de principios sin fundamento en la Constitución.

Verdaderas invenciones normativas que contrastan con la sujeción de los jueces a la ley y subvierten la jerarquía de fuentes, confiando la opción de actuar una u otra norma constitucional a la ponderación judicial y a la discrecionalidad potestativa de los jueces. De este modo, la ciencia jurídica y la jurisprudencia -gracias al rol asociado a la ponderación de principios- vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del Derecho, con el resultado paradójico de que el derecho positivizado es degradado (v. **FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista...”, cit., pp. 43-55**).

A lo largo de la historia del pensamiento político se encuentra insistentemente la pregunta “¿Qué gobierno es el mejor, el de las leyes o el de los hombres [entiéndase con esta expresión mujeres y/o varones]?” “Ello implica que para formular un juicio sobre la mejor forma de gobierno se ha de tener en cuenta no sólo cuáles y cuántos son los gobernantes, sino también su modo de gobernar”. Es decir, “Un buen gobierno, ¿es aquel en el que los gobernantes son buenos porque gobiernan respetando las leyes, o bien aquel en el que son buenas las leyes porque los gobernantes son sabios?”. “La primacía de la ley se basa en el presupuesto de que los gobernantes son en su mayoría malos, en el sentido de que tienden a usar del poder para sus propios fines. A la inversa, la primacía del hombre se funda en el presupuesto del buen gobernante, cuyo ideal es, para los antiguos, el gran legislador. En efecto, si el gobernante es sabio, ¿qué necesidad hay de constreñirlo en la red de las leyes generales, que le impiden sopesar los méritos y deméritos de cada uno? Por supuesto; pero si el gobernante es malo, ¿no es mejor someterlo al imperio de normas generales, que impiden a quien ocupa el poder erigir su arbitrariedad como criterio de juicio de lo justo y de lo injusto?” (**Bobbio, Norberto; “El futuro de la democracia”; Editorial Plaza & Janes; España; 1985; págs. 197/201**).

“[N]o siento el menor empacho de decir que mis preferencias se dirigen al gobierno de las leyes, no al de los hombres. El gobierno de las leyes celebra hoy su propio triunfo en la democracia. ¿Qué es la democracia sino un conjunto de reglas (las llamadas reglas de juego) para la solución de los conflictos sin que se haya de recurrir al derramamiento de sangre? ¿Y en qué consiste el buen gobierno democrático sino, ante todo y sobre todo, en el más riguroso respeto de estas reglas? [...] [N]o tengo ninguna duda en lo tocante a las respuestas a estas preguntas. Y precisamente porque no tengo dudas, puedo concluir tranquilamente diciendo que la democracia es el gobierno de las leyes por antonomasia. En el momento mismo en que un régimen democrático pierde de vista este su principio inspirador se transforma rápidamente en su contrario, en una de las muchas formas de gobierno autocrático” (**Bobbio, Norberto; ob. cit.; pág. 221**).

A mi juicio la Constitución establece el gobierno de las Leyes, y en tanto cumbre y sostén del ordenamiento jurídico, «constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles... “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas» y «...las normas que lo componen están, en relación de coherencia entre sí» (**BOBBIO, N., Teoría general del derecho, Temis, Colombia, págs. 183 y 175**).

Tal como sostuve en el caso «Félix, Emir Roberto», en nuestro sistema jurídico el art. 1 de la C.N. dispone que «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución», con lo que instituye, define y limita nuestra forma de gobierno representativa republicana federal; sintagma jurídico que constituye una unidad lógico-jurídica que no se puede fragmentar a gusto del intérprete, desuniendo la fórmula para hacer prevalecer una parte por sobre las otras.

Por ello, no se debe razonar nuestro derecho desde otras formas de gobierno o de estado, o la doctrina y jurisprudencia que se producen derivadas de ellas.

En este esquema, el deber fundamental de la persona sujeta a un ordenamiento jurídico es el de obedecer las leyes. Siguiendo a BOBBIO, este deber recibe el nombre de «obligación política». Su observancia «[...] por parte de la inmensa mayoría de los sujetos, es decir, la obediencia general y constante de las leyes es al mismo tiempo condición y prueba de la legitimidad del ordenamiento» (**conf. BOBBIO, Norberto, El tercero ausente, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989, pág. 116**).

En este orden democrático, en el Estado constitucional de derecho, el poder coactivo no es ejercido por el gobernante a su arbitrio, sino que «[...] existen unas normas generales y abstractas [...] que establecen quién está autorizado a ejercer la fuerza, cuándo, o sea, en qué circunstancias, cómo, o sea, a través de qué procedimientos (lo cual significa que, excepto en caso de fuerza mayor el poder ejecutivo puede usar la fuerza de que dispone sólo después de un proceso regular), y en qué medida, lo que tiene como consecuencia que deba haber una determinada proporción, establecida de una vez por todas, entre culpa y castigo. A diferencia de lo que ocurre en el estado despótico, en el estado de derecho es posible distinguir no sólo la fuerza legítima de la ilegítima (considerando legítima cualquier acción que provenga del soberano, o sea, del que posee el poder efectivo), sino también la fuerza legal de la ilegal, o sea, la fuerza usada basándose en leyes preestablecidas y la fuerza utilizada contra las leyes» (**conf. BOBBIO, Norberto, Las ideologías y el poder en crisis, Barcelona, Editorial Ariel, 1988, pág. 11**).

A los jueces, la Constitución Provincial nos impone el deber expreso de resolver según las Leyes (Constitución Nacional, Tratados, leyes nacionales, Constitución Provincial y leyes provinciales) en los artículos 148 y 149, en consecuencia, lo que está regulado por las leyes no lo podemos transformar en ponderable siguiendo la doctrina o jurisprudencia ajena a nuestro sistema jurídico, y haciendo con ello incierta e insegura la convivencia democrática.

Una cuestión es la interpretación de las normas y otra muy distinta es convertir sus contenidos en ponderables, de forma de hacerlos maleables, y modelar las disposiciones según la oportunidad y las circunstancias, porque ello no sólo viola el principio de igualdad ante la ley, de igualdad de la ley y de su fuerza y acción uniforme (art. 7 Constitución de Mendoza), sino porque transforma ilegítimamente a nuestro gobierno de las Leyes en el gobierno de los hombres [entiéndase esta referencia a mujeres y/o varones].

En el caso que nos ocupa no advierto tensión alguna entre principios constitucionales o derechos fundamentales, que requieran ponderación, pues como anticipé la alegación defensiva no constituye otra cosa que una argucia que pretende deformar los límites que a los mismos imponen las reglas.

La jueza sentenciante afirmó, correctamente, que «[s]abido es que la normativa internacional y la propia Constitución Nacional amparan a los trabajadores otorgándoles el derecho a huelga, a reunión y a petionar a las autoridades, pero también es sabido y sostenido por numerosa doctrina y jurisprudencia, que ningún derecho es absoluto y no pueden ejercerse tales derechos ilimitadamente, mucho menos desarrollando conductas que coincidan con una de las descripciones prohibidas por el Código Penal» (sentencia, fs. 503 vta.).

Tal como afirmó la jueza a quo, ningún derecho es absoluto –art. 14 de la CN– y todos ellos encuentran sus límites en el respeto a los demás derechos, pero esto no importa -como pretende la defensa- que unos

deben ceder frente a otros, ni mucho menos que sean los jueces quienes debemos determinar caso a caso -con la enorme inseguridad jurídica que esto implicaría- qué derecho fundamental o principio debe prevalecer.

De hecho, la defensa afirma que el derecho a circular no es absoluto, pero no se hace cargo de que tampoco los derechos constitucionales que invoca lo son. La defensa pretende que el encuadre jurídico de la conducta de los imputados sea la justificación por el ejercicio legítimo de un derecho, prevista por el art. 34 inc. 4 del Código Penal.

Sin embargo, considero que los derechos que se invocan no fueron ejercidos de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico. La forma de determinar los límites de los derechos viene dada -al menos, en casos como el que nos ocupa- por su reglamentación, es decir, por la ley. Existen mecanismos institucionalizados para realizar actividades en lugares públicos, precisamente ideados para -dentro de sistemas democráticos de toma de decisiones- coordinar los intereses de la ciudadanía y no afectar los derechos de terceros. Esto no implica, de ninguna manera, negar que los acusados o las personas que éstos representaban carezcan del derecho a expresarse libremente, reunirse, realizar huelgas o peticionar ante las autoridades -derechos que los recurrentes engloban en la expresión «derecho a la protesta»-.

Por el contrario, el peticionar a las autoridades es uno de los derechos más importantes en una democracia representativa plural y liberal, pues forma parte de la posibilidad de desacuerdo inherente a este sistema. Sin embargo, no es posible legitimar la protesta «contestataria» que se expresa de manera no institucional mediante, por ejemplo, cortes de arterias de tráfico vehicular. Mucho menos cuando, como en este caso, importa la comisión de delitos tipificados por el Código Penal, que no es otra cosa que el sistema de sanciones que democráticamente hemos sancionado como comunidad para responder a las conductas que consideramos más lesivas de bienes jurídicos. Está claro que en los cortes de calle hay presente una pretensión de llamar la atención y generar presión sobre quien tiene capacidad para satisfacer -directa o indirectamente- aquello que se reclama. El perjuicio para el tráfico opera en estos casos como una moneda de cambio, explícita o implícita, del beneficio que se busca obtener. Se trata de un elemento extorsivo o intimidatorio que es característico del corte de calle; sin embargo, es paradójico por cuanto el perjuicio directo es sufrido por personas diferentes de aquellas en cuyas manos se encuentra la respuesta al reclamo (**GROSMAN, L. S., “¿Hay un derecho constitucional a cortar la calle como modo de reclamo?, en RIVERA, J. C. (h); ELÍAS, J. S., GROSMAN, L. S., LEGARRE, S. (dirs.), Tratado de lo Derechos Constitucionales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, pp. 222-243).**

La argucia defensiva pretende ocultar el hecho de que los acusados ejercieron sus derechos abierta y volitivamente en contra de la normativa jurídica con el objeto claro de llamar la atención. La jueza destacó que «[c]oincidió con la defensa respecto de la importancia de los derechos de los trabajadores y de sus formas de reclamo, pero en el caso la modalidad elegida no fue proporcional ni necesaria. Recordemos que los encartados reconocieron que en esos momentos nos encontrábamos con un Gobierno que acababa de asumir y que se les ofreció una entrevista para ser escuchados a lo que se negaron rotundamente, incluso dijo Blas “no era necesario, sólo queríamos la convocatoria a paritarias”. Entiendo que los encartados querían hacer valer sus derechos y querían hacer notar su reclamo, pero ante una posible solución que se les ofreció, no depusieron de su actitud» (fs. 503 vta.).

Ahora bien, entiendo que en nuestra democracia republicana, la forma de hacer oír la voz no puede ser a través de conductas tipificadas como delito y como afirmó la sentenciante “no pueden ejercerse tales

derechos ilimitadamente, mucho menos desarrollando conductas que coincidan con una de las descripciones prohibidas por el Código Penal” (fundamentos, p 503 vta.). Coincido con la constitucionalista María Angélica GELLI cuando afirma que «[l]as acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores» (**conf. GELLI, M. A., Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, La Ley, Bs. As., 2003, p. 219**).

De hecho, este criterio se encuentra positivizado en nuestro derecho, que niega la legitimidad del ejercicio abusivo de los derechos. El art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación -que, debe señalarse, cuenta con una base de legitimidad democrática muy amplia dada su reciente sanción y el procedimiento deliberativo llevado adelante para su sanción- dispone: «Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización» (el destacado me pertenece).

Ahora bien, no se encuentra en tela de juicio el derecho de protesta, sino –como se dijo anteriormente– la forma –lícita o ilícita–de ejercerlo dentro de nuestro democrático Estado Constitucional de Derecho. Que tengamos derecho a disentir y protestar por medidas políticas ¿nos autoriza a vulnerar derechos de terceros, cometer delitos o quedar exentos de la aplicación de la ley? Mi respuesta es, rotundamente, que no. Sostener lo contrario implicaría –según entiendo– utilizar la idea de democracia como un «pretexto» para establecer excepciones al imperio de la Constitución y ley lo que, paradójicamente, no haría más que socavar a la democracia misma. Esto no implica adscribir a una idea de democracia estricta, formal y vacía de contenido, tal como se acusa a los jueces que votaron en el caso «Schiffrin» con cita de EKMEDJIÁN (crítica formulada por **GARGARELLA, R., “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, en POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político, N° 12, 2007, pp. 139-170**).

En aquella oportunidad la Cámara Criminal de Apelaciones que resolvió el caso, señaló que empleó un argumento democrático para condenar a Marina Schiffrin, una docente que había asumido un rol de liderazgo en una protesta que bloqueó una ruta. Apoyándose en la posición de EKMEDJIÁN, afirmó que sólo existe una forma legítima para la expresión de la soberanía del pueblo, que es el sufragio.

Esa visión de la democracia cristalizada en el caso «Schiffrin» es incompleta, pues no permite explicar -por ejemplo- formas evidentes de participación democrática alternativas al voto, como el juicio por jurados. Sin embargo, no creo que prestar atención a la forma de la protesta para delimitar su validez frente a otros derechos constitucionales implique asumir esa concepción limitada sobre la participación democrática.

Debe tenerse presente que la democracia no es por sí misma «[...] un valor absoluto, como la justicia, la libertad, la felicidad, sino que es un método, un conjunto de reglas de convivencia, las llamadas “reglas del juego”. El único método hasta ahora inventado y consolidado para permitir a una sociedad de seres desiguales y dominados por pasiones, instintos asociales e intereses egoístas alcanzar el máximo de justicia, libertad y felicidad» (conf. BOBBIO, Norberto, Las ideologías y el poder en crisis, cit., pág. 113).

Es por ello que en la democracia «[...] a nadie impide luchar para conseguir sus propios fines, con una única condición de que cada uno permita a los otros luchar también por los fines que creen mejores, y todos se pongan de acuerdo sobre un criterio lo más objetivo posible para decidir cada vez, periódicamente, nunca definitivamente, cuáles son los fines que deben prevalecer» (conf. **BOBBIO, Norberto, Las ideologías y el poder en crisis, cit.114**).

Se encuentra fuera de duda que el ejercicio de la ciudadanía en una democracia implica más que solamente la emisión del voto, y que la expresión de desacuerdo frente a los actos de gobierno es uno de los componentes típicos de la democracia.

Sin embargo, fortalecer la democracia no significa que deban tolerarse conductas que –precisamente– niegan la autoridad del Estado. Tal como lo ha puesto de resalto **BENENTE**, es un reduccionismo identificar a la protesta únicamente con un acto de libertad de expresión: en determinados casos también tiene un contenido de fuerza, causa daño y tiene una «dimensión violenta» (**BENENTE, M., “Criminalización y regulación de la protesta social. El fracaso de la teoría de la democracia deliberativa”, Lecciones y ensayos, N° 95, 2015, pp. 19-44**).

A mi modo de ver, las posiciones de **EKMEDJIÁN** empleadas en el caso «Schiffrin» y la tesis que la defensa pretende instalar en este caso, exponen dos posiciones extremas claras. Una de ellas pretende limitar el juego democrático a la selección de representantes mediante el voto; la otra pretende exacerbarlo para convalidar como «ejercicio de democracia» acciones claramente contrarias a la ley penal. Por defecto y por exceso, estas visiones no aciertan en identificar los alcances de nuestra democracia. Tal como lo ha afirmado **Andrés ROSLER**, «el exceso de la forma jurídica (autoritarismo) puede ser tan nocivo como su ausencia (anarquismo)» (**ROSLER, Andrés, “La ley es la ley”, Editoria Katz, Buenos Aires, 2019, págs. 18/19**).

Y en este punto me parece fundamental que la justicia no ignore el contenido político de la protesta que en particular se condenó en este caso. Como en todo caso sometido a decisión judicial, el hecho debe ser analizado en contexto.

Se trataba de un reclamo que, si bien tenía por fin declarado la solicitud de llamado a negociaciones paritarias, cuando precisamente se les brindó a los acusados la posibilidad de entrevistarse con funcionarios del Gobierno de Mendoza que tenían responsabilidad sobre el asunto y eran, en definitiva, los destinatarios del pedido, se negaron a dialogar.

Puesto en otras palabras, los hechos que han sido expresamente reconocidos por los acusados, tienen la virtualidad de negar la veracidad de las intenciones que éstos declararon como argumento para justificar el comportamiento asumido por ellos en los hechos que se les imputan. Vale la pena mencionar que uno de los mayores problemas que cualquier convivencia civil enfrenta es el de crear instituciones que permitan resolver los conflictos, y esas instituciones vienen dadas por el sistema democrático de gobierno. Sin embargo, el abuso de los derechos en que se asienta la democracia –como la libertad de expresión, el derecho a peticionar, etc.–, puede conducir a la paradoja de la ingobernabilidad.

Es, en palabras de **BOBBIO**, uno de los «efectos perversos de la democracia», en el sentido de que en su propio seno se desarrollan situaciones que la contradicen y amenazan con derrocarla (**BOBBIO, N., “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S., Crisis de la democracia, Barcelona, Editorial Ariel, 1985, pp. 5-43**).

Corresponde entonces determinar en qué casos la protesta social que incluye cortes de calles -y, con ello, la interrupción del tráfico alcanzada por el art. 194 del CP- supone un ejercicio arbitrario de los derechos incluidos en el «derecho a la protesta». En esta tarea, resultan útiles tres criterios de examen aportados por GROSMAÑ: universalidad, generalidad y factibilidad. Una protesta será legítima cuando sea universalizable, en el sentido de que no debe resultar relevante el contenido de la protesta. En una sociedad plural no podemos ser más permisivos con una protesta sólo porque consideremos que su reclamo es justo. Puesto que las sociedades modernas se caracterizan por el desacuerdo, uno de los principales desafíos de la democracia constitucional es canalizar los desacuerdos de modo que no resulten paralizantes o hagan imposible cada proyecto de vida en comunidad. Por lo que la evaluación del modo y forma de la protesta debe abstraerse la justicia o injusticia del reclamo (**GROSMAÑ, L. S., cit., págs. 229/240**).

Además, la protesta debe ser generalizable en el sentido de que debemos poder convivir con esa forma de expresión si ésta se extendiese en el tiempo o espacio. El derecho a protestar debe tener cierto alcance de sustentabilidad. Si no podemos tratar a determinada forma de reclamo como algo excepcional, debemos preguntarnos si ese modo generalizado de protesta es algo con lo que deberíamos estar dispuestos a convivir. Los cortes de calle, por caso, no constituyen una forma de expresión que podamos admitir como infinitamente expansible: si cada ciudadano elige esa forma de protesta para hacer escuchar sus pretensiones individuales, la vida en comunidad sería, derechamente, algo imposible (**GROSMAÑ, L. S., cit., pp. 229-240**).

Por último, la forma de protesta elegida debe pasar por un examen de factibilidad. La determinación del alcance del derecho a la protesta debe ser tal que pueda ser mantenido en casos análogos. Si ello lleva a límites insostenibles en niveles razonablemente esperables de expansión, habrá una buena razón para considerar arbitrario el ejercicio de los derechos involucrados. Sin embargo, si el análisis que hubiera que hacer para determinar si un corte de calle es válido necesariamente demorase un tiempo prolongado, estaríamos forzados a esperar demasiado si la calle debe ser liberada o no. Existen razones de factibilidad para rechazar una delimitación del derecho que se apoye en distinciones cuya dilucidación demoraría más de lo que parece aceptable en estos casos (**GROSMAÑ, L. S., cit., págs. 229/240**).

No se trata aquí de establecer reglas para la ciudadanía sobre cómo llevar a cabo sus manifestaciones de apoyo o desacuerdo político. No es esa la tarea de los jueces. Sin embargo, debo hacer notar que, del hecho que las manifestaciones políticas que siendo pacíficas tengan la potencialidad de tornarse violentas -en distintos grados-, no se sigue la legitimidad jurídica ni democrática de la violencia en condiciones de protesta. En todo caso, una ciudadanía respetuosa del orden jurídico que republicánamente la sociedad se da a sí misma, debe asumir en el ejercicio de su libertad responsable las consecuencias de su accionar.

La aceptación de la sanción correspondiente es inherente a la pretensión de desobediencia civil, un acto de ruptura contra el ordenamiento jurídico o contra una de sus partes que pretende justificar la transgresión de la ley, sea ello por: 1) la idea de una ley moral que obliga a las personas en cuanto personas, independientemente de toda coacción; 2) o fundado en una idea del Estado asentada en el contrato social, que declara la primacía del individuo sobre el Estado y le asigna derechos originarios e inalienables al primero; o 3) en una idea libertaria de maldad esencial de cualquier forma de poder sobre las personas, especialmente del Estado (conf. **BOBBIO, Norberto, El tercero ausente, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989, págs. 124/126**).

En el caso que nos ocupa, los acusados instrumentalizando a las personas convocadas hicieron ocupar - por el lugar y la disposición de los micrófonos para los oradores- pacíficamente la vía pública e impidieron de ese modo el normal desarrollo del tráfico vehicular.

Esto es relevante desde el punto de vista penal, en primer lugar, a la hora de tipificar la conducta, lo que determina que se aplique el delito previsto y sancionado por el art. 194 CP y no, por ejemplo, el que se corresponde con el de daños o lesiones.

En segundo lugar, su relevancia también se observa en el razonamiento que debe motivar el proceso de determinación de la pena, lo que ha sido considerado por la jueza a quo que impuso el mínimo previsto por el Código Penal -tres meses de prisión con los beneficios de la ejecución condicional-.

Sin embargo, no puede consentirse la posición sostenida por la defensa y los acusados según la cual la manifestación fue pacífica y por ello estaría legitimada. De hecho, la ocupación de la vía pública aportó una condición para la intervención de Elizabeth Edith Ormezzano, del programa de Mediación del Ministerio de Seguridad, que podría haber derivado en el uso de la fuerza pública en garantía del derecho de los demás ciudadanos a circular o usar el servicio público de transporte. En el análisis de la posible justificación de la conducta es fundamental considerar las circunstancias modales del suceso.

Es público y notorio que el frente de la Casa de Gobierno está orientado hacia el norte -y no al sur-, donde está la entrada principal, con amplias escalinatas y una gran explanada, que da a la calle Virgen del Carmen de Cuyo y que puede albergar más personas que las concentradas en esa oportunidad, sin afectar los derechos de otros ciudadanos.

También es público y notorio y un dato de la experiencia común el hecho que habitualmente las manifestaciones de todo tipo y que pretenden, o no, llamar la atención del Gobierno se colocan en este sitio de la Casa de Gobierno: frente a las escalinatas y utilizando la explanada, lo que permite que la manifestación se realice sin que necesariamente se interrumpa con ella el normal y corriente desenvolvimiento del tráfico vehicular por sobre la mencionada arteria.

A ello cabe agregar que por las características del lugar la prolongación de tras la calle Virgen del Carmen de Cuyo se ubica el Parque Cívico donde se encuentra otra gran explanada también apta para albergar en su caso muchas personas, como las concentradas en este evento, y sin afectar los derechos de ningún ciudadano. No es posible pensar que los acusados desconozcan estos datos, dada su trayectoria como dirigentes sindicales de una de las organizaciones gremiales precisamente de los empleados estatales y sin embargo, convocaron a más de seiscientos personas a la parte trasera de la Casa de Gobierno, sabiendo que ello implicaba necesariamente cortar la calle Peltier.

Esto es fundamental en el análisis que nos ocupa, no ya desde el punto de vista de la autoría de Blass y Macho -que a esta altura es clara- sino para desestimar la posible justificación de su conducta: existía una forma adecuada a Derecho de ejercer sus derechos constitucionales invocados.

Ello pues, según lo analizado en el párrafo precedente, el bloqueo de calle no resultaba un comportamiento ni una consecuencia necesaria del ejercicio del derecho en los términos alegados por los impugnantes, pues podían reclamar lícitamente, haciéndolo en el espacio ubicado al frente principal de la Casa de Gobierno, tanto en esa explanada o trasponiendo la calle Virgen del Carmen de Cuyo en la explanada del Parque Cívico. Con lo cual, el modo de obrar empleado no supera el test de razonabilidad que debe hacerse al evaluar la justificación.

Menos aun tratándose la razón alegada del legítimo ejercicio de un derecho previsto en el art. 34 inc. 4 del CP. Al elegir la vía más dañosa posible para ejercer sus derechos, los acusados interfirieron ilegítimamente con el derecho a la libre circulación y cometieron el ilícito previsto en el art. 194 del CP.

Por otra parte, tampoco resulta relevante desde el punto de vista jurídico el hecho de que se haya preavisado a entes estatales -al Gobierno de Mendoza y al Ministerio de Trabajo de la Nación- de la manifestación, pues ése no constituye el mecanismo legal propicio para solicitar una autorización de uso del espacio público. Dicho con claridad, para requerir una autorización de uso del espacio público no es suficiente con «dar aviso» a la autoridad de que se lo empleará, sino que es necesario seguir un procedimiento administrativo determinado, que incluye necesariamente la posibilidad del Estado de revisar las peticiones y autorizarlas o no.

Aceptar la relevancia jurídica de una comunicación unilateral equivaldría a conceder facultades o privilegios a determinado grupo. La igualdad ante la ley reconocida en la Constitución Nacional (art. 16) y en la Constitución de Mendoza (art. 7) es uno de los pilares del sistema republicano y en este caso significa que no pueden establecerse excepciones sobre el modo de solicitar autorizaciones para emplear la vía pública.

Tampoco creo que pueda negarse el carácter delictivo de la conducta llevada a cabo por Blas Bazán y Macho sobre la base de negar la existencia del aspecto subjetivo implicado en el tipo penal previsto por el art. 194 del CP y dado por la voluntad o intención -el dolo- de interrumpir el tráfico. Ello por dos razones.

En primer lugar, dada la posición que en anteriores pronunciamientos he sostenido en relación al dolo como categoría de la imputación, que en el caso impediría afirmar que los acusados no conocían las consecuencias de su conducta.

Me remito, en honor a la brevedad, a los casos «**Sanhueza**» y «**Quiroga Morales**».

En segundo lugar, porque a mi juicio la voluntad de interrumpir el tráfico como forma de darle sentido coactivo a la protesta quedó patente desde que a los acusados se les brindó la posibilidad de diálogo con las autoridades gubernamentales, y éstas lo rechazaron.

Amén de ello, la jueza interviniente abordó este punto: «[r]especto del tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, requiriendo el conocimiento de que se está impidiendo o estorbando el normal funcionamiento del transporte y la voluntad de impedir, estorbar o entorpecer el mismo, admitiéndose el dolo eventual “ya que el fin inmediato puede ser otro, como por ejemplo una huelga o una protesta” [...].

Podemos afirmar que esto último es lo que sucedió en los hechos investigados ya que el propósito de los imputados era el de hacer visible su concentración, su protesta y en ese accionar es que entorpecieron y luego impidieron la normal circulación terrestre. Los manifestantes eligieron, e incluso comunicaron, como dijo Macho, reunirse en calle Peltier [detrás de] la casa de Gobierno en un número tal de personas que natural y necesariamente importaría avanzar sobre los carriles de circulación [...]» (fs. 503).

A nivel dogmático, considerar justificada la conducta implicaría, a mi juicio, convalidar como acto tolerable el corte de calle. Sistemáticamente esto implica admitir que se tiene el derecho de ejercer de cualquier modo o forma los derechos de reunión, huelga, expresión y petición, lo que significa que la conducta en cuestión está justificada y, por lo tanto, genera en los demás el «deber de tolerar».

En otras palabras, supone que la fuerza pública no puede actuar ante tales casos. A mi criterio, adoptar este temperamento implicaría vulnerar el principio de legalidad en sentido fuerte, ya que se estaría obligando a los demás ciudadanos a tolerar algo que la ley no manda. En definitiva, la realización de una manifestación no puede -so pretexto de vehicular el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho de huelga ni el derecho a petionar ante las autoridades- incumplir leyes en sentido estricto -de origen legislativo- ni amplio -normas administrativas-.

Esto equivale a sostener que el ejercicio de derechos, por mucho que haga al desarrollo democrático, no permite cometer delitos previstos en el Código Penal, faltas del entonces Código de Faltas (actual Código Contravencional) o a la ley de tránsito, ni violar reglamentos o regulaciones administrativas sobre el uso de la vía pública.

Por ello, en relación con el vicio in iudicando manifestado por los defensores, debo señalar que la conducta desplegada por Raquel Blas Bazán y Roberto Antonio Macho -cuya tipicidad ha sido acreditada, como surge luego de descartar los vicios procedimentales planteados por la defensa- no se encuentra justificada en el legítimo ejercicio de un derecho (supuesto previsto por el art. 34 inc. 4 del CP) puesto que, al incumplir las reglamentaciones administrativas dispuestas para la realización de eventos en la vía pública, las leyes y la Constitución, los acusados ejercieron su derecho fuera de los límites democráticamente establecidos y, de ese modo, ilegítimamente afectaron a terceros ciudadanos en el derecho de transportarse y/o utilizar el servicio del transporte público impidiéndoselo. La solución a este caso no es otra que la propiciada por la jueza a quo, por lo que debe ser confirmada.

iii.-Por las razones expuestas y de manera concordante con lo manifestado por el Procurador General, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, los recursos de casación planteados en autos deben ser rechazados y confirmarse la sentencia N° 2.530 pronunciada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde acoger los recursos casatorios formulados, casar la sentencia N° 2530, del Segundo Juzgado Penal colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, modificar el punto 1) de su resolutive, el que quedará redactado de la siguiente manera: «1) ABSOLVER a Roberto Antonio Macho y Raquel María Blas, ya filiados en autos por el delito de IMPEDIMENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE TRANSPORTE POR TIERRA, previsto y sancionado por el art. 194 del CP, que se les atribuyó en autos P 21.439/16.” Dejar sin efecto lo dispuesto en los puntos 2, acápites a, b y c y, punto 3 de la sentencia. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar a los recursos formulados en autos y casar la sentencia N° 2.530 del Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, disponiendo la absolución de la imputada Raquel María Blas Bazán y del imputado Roberto Antonio Macho del delito previsto por el art. 194 del CP. Modificar el punto 1) de su resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente manera: «1) ABSOLVER a Roberto Antonio Macho y Raquel María Blas, ya filiados en autos por el delito de IMPEDIMENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE TRANSPORTE POR TIERRA, previsto y sancionado por el art. 194 del CP, que se les atribuyó en autos P 21.439/16.» Dejar sin efecto lo dispuesto en los puntos 2, acápites a, b y c y, punto 3 de la sentencia.

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a efectos de que se realicen las comunicaciones correspondientes. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (en disidencia)

2- GORBARAN LOBOS. 19-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
			AFC											474
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	-2°

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=547>

Lex: Art 198 bis, 2° apartado primer párrafo; Art. 189 bis segundo apartado, segundo párrafo y 54 del CP

Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego de uso civil. Arma de fuego de guerra.

Summa:

El **TPC N° 1** de la 2° Circunscripción Judicial de Mendoza condenó al nombrado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegal de arma de guerra en concurso ideal.

La **defensa** interpone recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP y cuestiona la valoración de los elementos probatorios de la causa.

El **Procurador General** entiende que el recurso procede formalmente, mas no en el aspecto sustancial.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, confirmando la sentencia N° 1221 y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N°1221, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05428664-8/1((028601-17073)) FC/ GORBARAN LOBOS SEBASTIAN EMANUEL Y SANDEZ AGRUIRRE EVELYN PAMELA P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO (17073/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105605898*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05428664-8, caratulados “**FC/GORBARÁN LOBOS SEBASTIÁN ...S/CASACIÓN**”

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

A fs. 89/105, la defensa oficial de Sebastián Emanuel Gorbarán Lobos, formula recurso de casación contra la sentencia N° 1221, de fecha 28 de agosto de 2.020, obrante a fs. 80 y vta., y sus fundamentos de fs. 81/86, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión como coautor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegal de arma de guerra en concurso ideal (arts. 189 bis –segundo apartado, primer párrafo-, 189 bis segundo apartado, segundo párrafo– y 54 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por sala unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° P2 -17073/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que «[...] *el día 22 de febrero de 2.020, en el domicilio sito en calle El Pino 2603 de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, propiedad de la Sra. Evelyn Pamela Sandez y de Sebastián Emanuel Gorbarán, siendo aproximadamente las 09.45 horas, en ocasión de llevarse a cabo un registro domiciliario con la correspondiente orden de allanamiento, en el marco del Expte. P 16.598/20, “FC/NN.P/ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y BANDA Y CON ARMAS EN CONC. REAL” fue hallada por personal policial dentro de la esfera de custodia de los imputados, en una mochila, una escopeta recortada marca Centauro, calibre 38 de guerra, de uso prohibido, un arma de fuego tipo pistola semiautomática marca Smith & Wesson, número fabril UAA4910, calibre 22 LR Color negra, de uso civil y una empuñadura de madera y caja de mecanismo de escopeta en una bolsa de alimentos para perros, las cuales se encontraban aptas para el disparo y sin ser Gorbarán ni Sandez legítimos usuarios conforme al Registro Nacional de Armas*».

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por: Héctor Damián Salinas, Silvio Cicala, Micaela Milagros Sandez, y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

A fs. 89/105 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por la defensa oficial de Sebastián Emanuel Gorbarán Lobos, a tenor del **art. 474 inc. 2 del CPP**.

Sostiene que el a quo valoró incorrectamente los elementos probatorios de la causa y de esa manera llegó a una decisión equívoca. Enumera los elementos de prueba y señala que, en torno al allanamiento dispuesto en otra causa, su defendido no tuvo posibilidad de cuestionarlo ya que no era parte de la causa en que se lo dispuso. Sin embargo, y, respecto al resultado de tal medida, refiere que el objeto de aquella era la búsqueda de vestimenta que coincidiera con las características de las usadas en el robo, de manera tal que difícilmente pueda calificarse de exitoso ya que lo único que se halló fueron las armas que originaron esta causa, las que no pudieron vincularse al hecho que originó el pedido. Por ello es que considera desacertado calificar esa medida como exitosa.

Agrega que de esa calificación respecto del allanamiento el juez deriva el siguiente indicio en el que construye la lógica del fundamento de su resolución ya que presume que la información de fuentes absolutamente desconocidas era precisa. Señala que esos informes emanan de la unidad investigativa y en ellos no se revela la fuente información para que pueda ser controlada y contrastada por la defensa. Entiende que puede tal tipo de informe encaminar una investigación, pero no alcanza para condenar a una persona.

Cuestiona que se haya tenido por cierto que Gorbarán no tenía otro domicilio, como también que se haya valorado en su contra el intento de fuga, que no se haya tomado en consideración el descargo que ambos acusados ofrecieron en la causa y que se hayan valorado declaraciones del personal de la unidad investigativa para afirmar la precisión de las investigaciones llevadas a cabo.

Critica que se haya ponderado del informe de balística sólo la parte de las conclusiones relativa a que las armas fueron aptas para percutir y expeler proyectiles, pero no se consideró que el arma calificada como de guerra se encontraba oxidada, en mal estado de conservación, desarmada y por partes. Expresa que la trascendencia de tal omisión radica en que se valoró el hecho de que el tubo de la escopeta tuviera un proyectil con alambre en su base como indicio de que existía conocimiento en el manejo de armas para determinar la coautoría de Gorbarán en el hecho, no obstante, se obvió que el arma tipo escopeta no fue peritada en relación a la aptitud para expeler proyectiles (conforme surge de fs. 152/156) y que la experiencia técnica no fue completa. Agrega que tampoco fue peritado el proyectil que se encontraba con alambre en su base y que de ello no puede inferirse que funcionara.

Critica que no se haya ponderado que el allanamiento surgió en el marco de otra causa en la que Gorbarán nunca estuvo sindicado y por ello no pudo cuestionar la resolución que lo ordenó, agrega que el juez soslayó que había información –registros de antecedentes penitenciarios y del RNR– conforme a la cual el imputado había recuperado su libertad el 27 de julio de 2.019 por lo que era materialmente imposible que desde un año antes residiese en ese domicilio –Patricias Mendocinas 2603–. Cuestiona que no se haya valorado la declaración de Micaela Sandez, hija de la coimputada en cuanto refirió que su pareja se llamaba Sebastián y que vinculado a que era propietaria del Renault Clío que se incineró genera especulaciones en torno a la fidelidad de la información policial.

Pone en tela de juicio la información aportada en torno a quien era el propietario de la vivienda allanada ya que el personal de la unidad investigativa que participó en el allanamiento –Salinas y el ppal. Cicala–

reconocieron que no entrevistaron a Gorbarán, y por ello entiende que aquellos daban por cierto que en esa casa allanada vivía Gorbarán, extremo que a su criterio no logró acreditarse.

Sostiene que las declaraciones de los imputados no tuvieron gravitación alguna en el momento de la valoración de la prueba ya que no se hizo mayor mención a ellas. Destaca la concordancia entre las declaraciones prestadas el mismo día del allanamiento y unos días después (ver fs. 101 vta. y 102). Afirma que Gorbarán se encontraba de forma casual en esa vivienda, que no tenía ningún tipo de permanencia allí porque había escapado de una agresión. Manifiesta que en relación con el arma de fuego calificada como de guerra fue la imputada quien dijo que la había encontrado en un descampado y que estaba convencida de que no funcionaba, lo que a criterio del recurrente se compadece con el estado de conservación que ésta presentaba.

Pone de relieve circunstancias de los autos P-16968/20 en los que se investigó un hecho calificado como robo agravado (ver fs. 103 y vta.) y que pese al sobreseimiento de los allí sindicados considera que esa situación no enerva lo declarado por Sandez y Gorbarán.

Se queja también de la no admisión de prueba que pretendió incorporar al proceso. Señala que esos elementos probatorios consistían en constancias destinadas a acreditar los domicilios de los acusados consistentes en una cesión de derechos de un inmueble ubicado en Las Heras, la matrícula del registro de la propiedad inmueble, el padrón de catastro y, en relación con el inmueble de calle Patricias Mendocinas 2603 de San Rafael, pruebas que acreditaban que el dueño del mismo es Juan Carlos Moyano, como también medios de convicción en torno a causas la violencia de género sufrida por Sandez.

Formula reserva del caso Federal.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 120/123 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos señala que el recurso procede formalmente mas no ocurre lo mismo en el aspecto sustancial, por lo que a su criterio debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Sostiene que el presentante pretende una revisión ex novo de lo sucedido en el debate y que fue objeto de contradicción. Considera que la sentencia ha establecido los fundamentos en base a los cuales estimó la existencia del hecho y su coautoría. Explica el contexto en base al cual la expresión sobre el éxito del allanamiento y la fidelidad de las investigaciones llevadas a cabo, se explican. Entiende que la prueba que pretendía aportar el recurrente y cuya negativa cuestiona en el recurso casatorio no resultaba dirimente, motivo por el cual el juez acertó al no permitir su ingreso al encontrarse cerrada la etapa procesal correspondiente.

Agrega que a su criterio el recurrente ha pretendido separar y anular elementos de prueba e indiciarios cargos para establecer una duda que no existe.

Por lo todo lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación interpuesto y la sentencia puesta en crisis, adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados no resulta procedente, por cuanto no se verifican los vicios referidos por la defensa técnica del acusado.

En este sentido comparto el criterio sustentado por el Procurador General en cuanto a que los cuestionamientos formulados por el recurrente en el recurso casatorio promovido resultan una reedición de los argumentos vertidos en la etapa de juicio, sin que logren superar las explicaciones dadas por el a quo en la sentencia. De tal modo, los agravios que presenta no aparecen debidamente fundados. Debe destacarse, además, que en la sentencia cuestionada se han detallado y ponderado los elementos de convicción conforme los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, vinculando los medios de prueba debidamente incorporados y extrayendo conclusiones válidas.

Efectivamente el núcleo del recurso pasa por cuestionar la ponderación que el juez llevó a cabo de los medios de prueba para insistir en que el domicilio donde se hallaron las armas no era aquel donde su defendido residía, que éste se encontraba en el lugar casualmente y que desconocía la existencia de las armas de fuego.

Ahora bien, como anticipé, corresponde el rechazo de los vicios formulados. En efecto, no acierta el recurrente al señalar que no estuvo asistido en condiciones de cuestionar el allanamiento llevado a cabo en la causa N° P- 16.598/20, por no resultar parte en aquella. A mi criterio no existió obstáculo para que Gorbarán y su defensor argumentasen en contra de tal medida, y, más allá de la apreciación expresada por el presentante no advierto –ni ha señalado el recurrente– normativa que le impida solicitar la revisión de tal acto procesal. Por otro lado, concuerdo con el Procurador General el que la calificación de exitosa de la medida de allanamiento –por parte del juzgador– se enmarca en el contexto del secuestro de las armas de fuego y no respecto del robo agravado que se investigaba en autos P16.598/20. Efectivamente esa causa no guarda conexión con este hecho, más de allá de que la medida mediante la cual se obtuvo el secuestro de las armas se ordenó en aquella causa.

Tampoco concuerdo con el cuestionamiento formulado en torno a la fuente de las investigaciones llevadas a cabo en el marco de aquella causa, puesto que la referencia formulada por el juzgador es relativa a la vinculación que tienen solo en relación al delito que aquí se investiga –tenencia ilegítima de armas de fuego–. De tal manera, se equivoca el defensor al sostener que el fundamento de la sentencia se estructura en torno a la ponderación del allanamiento. Por el contrario, los presupuestos que de ella se derivan resultan coherentes con datos que surgen de la causa.

En ese sentido, a mi criterio, el juez meritó acertadamente los elementos convictivos obrantes en la causa. En efecto, el magistrado tomó en consideración: la presencia del acusado en el domicilio al momento del allanamiento; la circunstancia de que un hijo de Evelyn Sandez –menor de edad– presente en la medida manifestara que el acusado residía en esa vivienda; la situación matrimonial de Sandez y Gorbarán de la que el juez derivó –a mi modo de ver de manera lógica– la circunstancia de que ambos convivían; las informaciones relativas al rodado en que Sandez y Gorbarán se conducían; el intento de fuga de Gorbarán al ser descubierto al llevarse a cabo el allanamiento. Todos estos datos fueron aportados al juez de la instancia anterior la convicción necesaria al momento de dictar la sentencia condenatoria.

Al respecto comparto el criterio sustentado por el procurador General, en cuanto a que de forma correcta el a quo rechazó la pretensión defensiva. De tal manera carece de lógica y no halla mayor sustento probatorio en la causa, el argumento que señala que al llegar a San Rafael Gorbarán y Sandez dejaron de convivir, cuando en Mendoza sí lo hacían.

Tampoco logra conmover a los fundamentos de la sentencia el cuestionamiento relativo al tiempo desde que Gorbarán vivía en la vivienda allanada.

Lo mismo corresponde señalar con relación al cuestionamiento sobre el informe de Balística llevado a cabo sobre las armas secuestradas. En este sentido la ausencia de polígono de tiro no resulta un obstáculo para afirmar que las armas se encontraban aptas para el disparo en función de las conclusiones del informe referido que dan cuenta que el sistema de percusión de aquéllas accionaba en perfectas condiciones.

En otro orden, debe decirse que no asiste razón al recurrente cuando señala que el juzgador no tomó en consideración la hipótesis defensiva expuesto por los acusados. Por el contrario, de la lectura de los fundamentos de la sentencia surge que al momento de tratar **la coautoría de ambos acusados** el juez de la instancia anterior abordó los argumentos exculpatorios (ver fs. 83); sólo que entendió que no podían tener acogida razonable en base a los motivos que señala.

Por último coincido con el Procurador General en cuanto a que, además de resultar extemporáneo el pedido de prueba efectuado por la defensa técnica del acusado, no ostenta la dirimencia que aquél pretende puesto que, efectivamente, los medios de convicción en relación con la titularidad del domicilio o las constancias de denuncias que pretendió ingresar como prueba no logran rebatir los argumentos relativos a la efectiva residencia de Sandez y Gorbaran en el domicilio donde se halló y secuestró las armas de fuego.

Por los motivos expuestos, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y rechazar el recurso casatorio promovido. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los **DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO** adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los **DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO** adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 89/105 por la defensa de Sebastián Emanuel Gorbarán Lobos y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1221 y sus fundamentos dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro.

3- AGUDO SAEZ. 12-04-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	AFC	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-2°

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=556>

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Complejidad probatoria. Contradicción en declaraciones testimoniales.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un año y un mes** de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil.

La **defensa técnica** interpone recurso de casación en función del Art. 474 inc. 2° del código de rito, sostiene que el a quo ha valorado arbitrariamente la prueba testimonial reproducida durante el debate oral, aduciendo violación a las reglas de la sana crítica racional y que por tanto la sentencia devendría nula.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido y convalidada la sentencia impugnada en su totalidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, convalidando la sentencia y sus fundamentos e imponiendo costas a la vencida.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6917, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo

(P.T.)

Fallo:

CUII: 13-05455593-2/1((018501-24099)) FC/ AGUDO SAEZ JOSE LUIS P/ PORTACION DE ARMA DE USO CIVIL (24099/20) (24099) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105632698*

En Mendoza, a los doce días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05455593-2/1, caratulada “F. C/ AGUDO SÁEZ S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**; segundo, **MARIO D. ADARO** y tercero, **DR. OMAR A. PALERMO**.

La defensa técnica de José Luis Agudo Sáez interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia N° 6.917 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de un año y un mes de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2º, párr. 3º del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, **EL DR. JOSÉ V. VALERIO**, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «[e]l día 14 de marzo de 2020, siendo aproximadamente las 20:30 horas, personal policial [es desplazado] hacía el interior del Barrio Corazón de Jesús, Gutiérrez, Maipú, en razón de que tres sujetos estarían amenazando con armas de fuego a un tercero. Al momento de ingresar al barrio, observan a tres sujetos en la vía pública, uno de ellos posteriormente individualizado como JOSE LUIS AGUDO SAEZ, [...] al darse la fuga el agresor y sin perderlo de vista es que ingresa a un domicilio ubicado al norte de la esquina sureste de la manzana A de dicho barrio, donde se procede a reducirlo y del palpado de armas es que se secuestra de su cintura otra arma de fuego, siendo la misma una revolver color gris calibre 22 corto marca bagual con número fabril 236574 de seis alvéolos con dos municiones, sin exhibir ningún ocupante autorización de dicha arma. Del informe de División Balística surge [que el arma de fuego funciona] para la ejecución de disparos».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones brindadas por el personal policial actuante y por los testigos de actuación, el acta de procedimiento, el secuestro del arma de fuego y la pericia efectuada sobre el artefacto, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de José Agudo interpone la impugnación en función de las disposiciones del art. 474, inc. 2 del CPP. Ello, en tanto considera que la resolución referida viola las reglas de la sana crítica racional y por ello devendría nula.

En concreto, sostiene que el a quo ha valorado arbitrariamente la prueba testimonial reproducida durante el debate oral. De tal manera, su proceder sería autocontradictorio al descreer de los testimonios de los oficiales Amaya, Jerez y Zárate respecto de la existencia del primer arma (Pietro Beretta) y validarlos en relación a la portación del segundo arma (revolver Bagual).

En último lugar, agrega que el magistrado sentenciante ha descartado infundadamente las declaraciones de los testigos de descargo ofrecidos por la defensa.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 8/9).

Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

El titular del Ministerio Público Fiscal concluye, de este modo, que el a quo valoró el plexo probatorio en su conjunto y en forma razonada, arribando a la certeza necesaria para condenar al acusado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

Como surge de las presentes actuaciones, mientras la acusación le atribuyó a José Agudo dos hechos que implicaron la portación ilegal de armas de fuego de uso civil en concurso real, el magistrado sentenciante entendió probada sólo la portación de una de ellas. A partir de allí, el planteo defensivo gira alrededor de la idea de que si el juez entendió que el relato de los funcionarios policiales que intervinieron era poco confiable respecto de las circunstancias de la portación del primer arma, el creerles respecto de las circunstancias del secuestro del segundo arma, sería contradictorio. Dicho de otro modo, la defensa postula que a los funcionarios policiales debió, o creérseles todo o desconfiar de todo su relato, de modo monolítico.

Pues bien, en efecto José Agudo fue citado a juicio por la portación ilegal de dos armas de fuego en concurso real. En el primer hecho, como surge del requerimiento de citación a juicio, el arma habría sido exhibida al personal policial desplazado al Barrio Corazón de Jesús, Gutiérrez, Maipú, momentos antes de emprender la fuga hacia un domicilio ubicado al norte de la esquina sureste de la manzana A del mencionado barrio y, en ese iter, arrojada en el camino. En este primer hecho, el arma se trataría de una pistola Pietro Beretta calibre 22 largo, número fabril 35688 con cargador con tres municiones. Mientras que, respecto del segundo hecho, la acusación determinó que se trataba de un revolver color gris calibre

22 corto marca Bagual con número fabril 236574 de seis alveolos con dos municiones, la cual fue secuestrada de la cintura del acusado al momento de su detención.

Respecto de esta plataforma fáctica, el juez de la instancia previa entendió probada, con la certeza exigida para dictar una sentencia condenatoria, únicamente la portación de esta última. Mientras que, en relación con la primera, explicó que no se había alcanzado el estado convictivo necesario para condenar. A partir de aquí la defensa objeta el razonamiento del a quo pues, según su entendimiento, o el acusado poseía las dos armas de fuego (hipótesis de la acusación), o no poseía ninguna (hipótesis defensiva).

Ahora bien, al entrar sobre el fondo de la cuestión considero que es innegable que ciertos aspectos del hecho por el que el acusado fue citado a juicio no pudieron ser completamente despejados. Sin embargo, esta complejidad probatoria no escapó al juicio del magistrado sentenciante, quien realizó un trabajo analítico preciso al desmenuzar con especial cuidado el sentido de cada una de las pruebas, en especial los testimonios de los funcionarios policiales actuantes, así como los testigos de descargo ofrecidos por la defensa.

Es así que, al ponderar los testimonios del personal policial, el juez advirtió que *«si bien coinciden en términos generales con la modalidad del procedimiento llevado adelante en el día del hecho investigado, existen algunas contradicciones respecto a los diferentes detalles que rodearon el hallazgo y posterior secuestro del arma tipo pistola marca Pietro Beretta calibre 22 largo número fabril 35688 y que habría sido lanzada en plena persecución por parte del imputado»*.

A partir de allí, explicó que no quedó en claro cuál de todos los efectivos policiales había procedido al levantamiento del arma, en la medida que Jerez manifestó que fue él quien se hizo cargo de esa tarea, mientras que Amaya manifestó que fue Zárate, siendo este último quien aclaró que había sido el oficial Jeréz, a pesar de que en el acta de procedimiento se consignó a Zárate. A esta circunstancia el juez agregó, por un lado, que la pericia realizada sobre la pistola Pietro Beretta arrojó resultado negativo para la existencia de rastros de origen papiloscópicos y, por otro, que no existen otros elementos de convicción adicionales que permitan afirmar la posesión de este primer arma.

Por el contrario, en relación con la existencia del segundo arma, el revólver calibre 22 marca Bagual, el tribunal de juicio consideró probada su portación por parte de José Agudo. En esta línea, argumentó que estuvieron fuera de discusión las circunstancias espacio-temporales en las que se produjo la detención de José Agudo, así como la existencia de la persecución y posterior reducción que dio lugar al secuestro del arma de fuego. A diferencia de lo que sucede respecto del primer tramo del hecho, el magistrado consideró que existió una absoluta concordancia en los relatos del personal policial, respecto de la persecución, aprehensión y secuestro.

Así, explica que Amaya detalló en su declaración que los efectivos Zárate, Jerez y Montivero fueron los encargados de reducir a José Agudo, intervención que fue ratificada por los nombrados. Y fue después de la aprehensión que Jerez y Zárate le secuestraron al acusado el revólver. Estos testimonios fueron analizados por el a quo en la sentencia puesta en tela de juicio por la defensa y caracterizados como creíbles.

Por su parte, el juez también ponderó los testimonios de Kevin Nuñez, Luana Molina, Julio Acosta y Liliana Moreno, así como la propia declaración del imputado, entre las cuales advirtió *«claras y notorias contradicciones»*, considerando de este modo debilitada la tesis defensiva en su fuerza convictiva. Ello en

tanto, Kevin Núñez manifestó que Agudo se acercó a su casa, a pedir trabajo, mientras que este último declaró que iba a la casa de Núñez a buscar dinero. Además, el juez subrayó que el acusado dijo en su oportunidad que salió voluntariamente del domicilio donde fuera detenido, en virtud de lo solicitado por el personal policial, mientras que Núñez y Molina afirmaron que la policía había ingresado a su casa, apuntando con sus armas y deteniendo al acusado.

Finalmente, respecto de lo declarado por Acosta y Moreno en relación con que habían escuchado que los efectivos habían dicho que «iban a engarronar» al acusado, en orden a perjudicarlo con la posesión de un arma de fuego, el magistrado sentenciante señaló que esto era poco probable, en tanto los nombrados se encontraban a varios metros de distancia del hecho, siendo inverosímil que hubieran percibido auditivamente tal expresión. Dificultad auditiva que, según el a quo, fue aún mayor considerando la alteración del orden que habían provocado los vecinos del lugar.

En suma, la argumentación del tribunal de juicio no contradice regla de la sana crítica racional alguna, sino que, por el contrario, mantiene un hilo conductor que permite advertir con orden y claridad por cuáles razones el juez consideró probada la portación de la segunda arma y entendió no acreditada con el grado de convicción exigido para el dictado de una sentencia condenatoria, la portación del primer arma.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el planteo defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Preopinante.

Sobre la misma cuestión los **DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO** adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los **DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO** adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los **DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO** adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Luis Agudo Sáez y convalidar la sentencia condenatoria N° 6.917 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

4- NN o YALEVA. 06-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=518>

Lex: Art. 189 Bis, inc 2, 1° párrafo del CP.

Vox: Tenencia ilegal. Arma de fuego de uso civil. Violación al principio de continuidad o concentración procesal en el debate oral. Audiencia realizada sin la presencia del imputado. Nulidad.

Summa:

El JPC de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

La **defensa técnica** interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada conforme lo establecido por el Art 474, inc. 2° del CPP, por entender que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

El **Procurador General** entiende que el recurso procede formalmente pero debe ser rechazado en lo sustancial.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3463, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Miranda Sosa
- Luna García

b- SCJN

- Acosta. 04-05-00:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4849201&cache=1691105697535>

- 325:1404: 27-06-22:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5217731&cache=1692828567296>

Parágrafo destacado

Del voto del Dr. Valerio - preopinante- *“...En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este tribunal en otras oportunidades (“Miranda Sosa”, “Luna García”, entre otros), «la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes». En dicho precedente, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de*

nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404)...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo Adaro.

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-04875446-9/1((011409-74500)) FISCAL C/ NN P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE USO CIVIL ART 189 BIS INC 2 PARTE 1 (74500) (74500/18) (IMPUTADO: JUAN ESTEBAN YALEVA) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104959428*

En Mendoza, a los seis días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la **Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia** en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04875446-9/1 caratulada “**F. C/ NN P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE USO CIVIL ... S/CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: **primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo el **DR. OMAR A. PALERMO**, y tercero el **DR. MARIO D. ADARO**.

A fs. 131/134 vta. los defensores del imputado Juan Esteban Yaleva fundan la presentación in forma pauperis por su asistido (fs. 129) e interponen recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 3463 (fs. 119 y vta.) y sus fundamentos (fs. 120/122), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2 párr. 1° del C.P.) que se le atribuye en el marco de los autos N° P-74500/18. El pronunciamiento impugnado fue dictado por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado al entender acreditado que «[e]l día 5 de agosto de 2018, siendo las 08:30 horas, quien fuera posteriormente identificado como YALEVA JUAN tenía en su domicilio sito en calle Bebedero 9577, Rodeo de la Cruz, Guaymallén, sin la debida autorización legal, un revólver marca Pehue calibre 22 número de serie 5375, el cual se encontraba en el interior de un bolso de color negro y rojo ubicado arriba de la cama de la habitación identificada en el acta de allanamiento como N° 1 y un revolver marca Doberman sin número de serie, calibre 22 con nueve proyectiles en su tambor, el cual se hallaba en el interior de un cajón del armario ubicado en la habitación identificada como N° 3. Las armas de fuego detalladas, aptas para el disparo, fueron halladas y secuestradas por el motivo de un allanamiento realizado en la fecha y horario mencionado, ordenado por el titular del juzgado Federal N° 1 en el marco de los autos N° FMZ 28658/2016-C, caratulados “Averiguación preventivo escuadrón 28 Tunuyán s/Infracción ley 22.415”» (ver fundamentos, fs. 120 vta.).

Para arribar a esa conclusión, el tribunal a quo valoró, entre los elementos más importantes, la declaración testimonial del Carlos Capello Pulisich; el acta de allanamiento de fs. 1/9; el acta de secuestro

de fs. 11; el informe de la División Balística de Policía Científica de fs. 14/17, y el informe del RENAR de fs. 27.

2.- Recurso de casación

Los defensores del acusado Yaleva impugnan la resolución antes individualizada encuadrando su queja en razón de lo dispuesto por el art 474, inc. 2° del CPP, esto es, por entender que existen vicios *in procedendo* que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostienen que la sentencia que condenó a su representado fue dictada inobservando normas establecidas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. Particularmente, cuestionan que se haya omitido aplicar lo dispuesto por el **art. 377 inc. 8 del CPP.**, precepto que establece que toda suspensión del debate por un término superior a quince días determina la necesidad de que el juicio oral se reitere íntegramente.

Consideran que cuando la suspensión de un juicio oral y público supera el límite temporal impuesto en la mencionada disposición, además de impedir su reanudación, priva de efectos jurídicos a la decisión jurisdiccional que se dicte a su término, al haberse afectado la continuidad del debate, entendida como una garantía constitucional.

Estiman que la inobservancia de esa norma procesal también trae aparejada la falta de aplicación de otras disposiciones de carácter instrumental, tales como la trasgresión del inc. 2 del mismo art. 377, además del art. 379, todos del rito penal.

Agregan que también han resultado inaplicadas normas de orden convencional, tales como el art. 8 de la CADH y el art. 14 del PIDCYP, en las que se consagra el juicio oral, público, contradictorio y continuo, como un derecho del imputado y el presupuesto indispensable para que la sentencia que se dicta, cuando el mismo finaliza, pueda sortear el test de legalidad que le impone el sistema normativo en su totalidad.

Explican las incidencias procesales de autos, y esgrimen que el vencimiento del plazo legal se verificó inexorablemente el día 26 de junio de 2019, sin que se haya producido la continuación del debate de marras, válidamente, hasta aquella fecha. Si bien no ignoran que ese mismo día se fijó fecha de audiencia y que, incluso, la misma se realizó, consideran que su celebración no enerva la consecuencia legal, toda vez que no contó con la presencia del imputado.

De este modo, y tratándose de una audiencia en la que se adoptó una decisión relativa a la prueba, la ausencia del imputado impide asignarle virtualidad jurídica interruptiva sobre el plazo máximo legal de suspensión del debate, porque no puede considerarse como parte integrante del debate.

Mencionan que esta cuestión fue planteada oportunamente durante el curso del debate a través de la presentación de un escrito a los fines de ser resuelta dentro del mismo, o bien en audiencia fijada a tales fines. A pesar de lo cual, el planteo no fue objeto de sustanciación en ninguna de esas dos modalidades, sino que directamente se continuó con el trámite del juicio suspendido en el exceso al plazo tolerado por la norma, fijándose una nueva fecha de audiencia en la que las partes fueron invitadas a formular sus alegatos.

Finalmente, al entender comprometidas garantías constitucionales vinculadas al debido proceso, formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 146/147 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General quien, luego de analizar los cuestionamientos formulados por los recurrentes y de señalar que el recurso de casación procede formalmente, considera que no debe ser acogido por lo que corresponde confirmar la validez de la sentencia impugnada.

Estima que, sin perjuicio de la no concurrencia del encartado a la audiencia realizada en fecha 26 de julio de 2019 por no haber sido trasladado a la sede del tribunal, no puede soslayarse que la doctrina considera que la nulidad contemplada en el art. 377 del CPP ha sido tipificada como «relativa», por lo que se subsana si no se alega antes o inmediatamente. Dado ese marco, advierte que la defensa no planteó oportunamente y en debida forma la nulidad que ahora pretende.

Refiere que, luego de aquella audiencia, el letrado defensor planteó la suspensión del juicio a prueba y, en la audiencia siguiente, al reanudarse el debate, brindó sus alegatos sin efectuar ninguna referencia al planteo casatorio aquí incoado. Si bien interpuso un escrito a fs. 106, advierte que en el marco del debate los planteos pertinentes deben hacerse en las audiencias fijadas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración el motivo de agravio invocado por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia impugnada.

En el marco que supone la violación de aquellas normas del Código de forma establecidas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, los letrados defensores entienden que la resolución recurrida vulnera el art. 377 del CPP. Señalan que la sentencia no puede ser considerada como un acto jurisdiccional válido pues habría sido pronunciada al término de un debate en el que se habría violado el principio de continuidad, ya que –según entienden– se mantuvo suspendido por un período de tiempo que excedió el límite temporal fijado por aquella norma.

Entiendo que ninguno de los agravios propuestos por la defensa puede prosperar. En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este tribunal en otras oportunidades (**“Miranda Sosa”, “Luna García”, entre otros**), *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*. En dicho precedente, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (**entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000**). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (**Fallos 325:1404**).

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, se comprueba que la defensa se limita a señalar supuestas inobservancias de la ley ritual, pero no pone de resalto el derecho afectado, más allá de referir genéricamente a garantías constitucionales. Dicho en otras palabras, la defensa no puede explicar en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para su pupilo.

Ahora bien, independientemente de esa ausencia de explicación concreta del sentido de la nulidad, de todas maneras me parece que los vicios formales aducidos no son tales, desde que no se observan irregularidades en la tramitación de este tramo del proceso penal –debate– que configuren una violación a los principios y garantías que conforman el debido proceso adjetivo ni el derecho de defensa en juicio. Dicho en otras palabras, la sentencia puesta en crisis ha sido la resultante final de un proceso judicial sustanciado con plena sujeción a las normas contenidas en el código de rito. Veamos.

Concretamente se cuestiona que el debate permaneció suspendido por más de quince días sin que se haya reanudado mediante la realización de alguna audiencia que ostente virtualidad jurídica para enervar la consecuencia legal prevista en la mentada norma, la que –en estos casos– impide su reanudación y, además, impone que todo el debate sea realizado nuevamente.

Sin embargo, el simple repaso de las constancias objetivas de la causa en las que han quedado registradas las actuaciones procesales que impulsaron la tramitación del proceso hacia el dictado de la resolución aquí impugnada, despejan todo margen de duda al respecto, puesto que corroboran que en el *sub iudice* se han respetado y asegurado adecuadamente todas las reglas que gobiernan esta etapa del juicio.

En particular, el mentado principio de continuidad o concentración procesal supone que los actos procesales a cumplirse a lo largo de la sustanciación del juicio oral y público los sean sobre la base del principio de unidad y correlación, a fin de asegurar que el debate se desarrolle –salvo las situaciones excepcionales previstas exclusiva en el texto expreso de la ley– a través de todas las audiencias consecutivas que sean necesarias, y sin interrupción alguna. Como tal, persigue lograr la mayor aproximación temporal posible entre el inicio del debate y la sentencia.

En ese entendimiento, observo que las garantías aludidas por la defensa han sido correctamente resguardadas en el presente caso, dado que el plazo máximo de suspensión previsto normativamente no se ha visto superado. Esta conclusión luce indemne frente al principal argumento recursivo, puesto que si bien resulta cierto y comprobable que la audiencia realizada el día veintiséis de junio del año 2.019 (ver fs. 86) fue celebrada sin la presencia del imputado, ello no priva de validez a dicho acto procesal por dos motivos. En primer lugar, porque esa circunstancia fue debidamente informada por el juez a quo a las partes litigantes que se encontraban presente en la sala de juicio (ver registro audiovisual, «audiencia 26/06/2019», a partir de 00:00:49), comunicándoles que esa incomparecencia respondía a la falta de traslado del acusado por parte del servicio penitenciario.

En segundo lugar, puesto que no solo esa información no motivó a la defensa oportunamente a efectuar algún planteo al respecto, sino que consintió continuar con el desarrollo de la audiencia.

De este modo, configurado ese marco de actuación, no se observa cuál sería el motivo por el cual esa audiencia sería nula y, en consecuencia, impedida de interrumpir válidamente la suspensión del debate que se inició el día tres de junio del mismo año (ver fs. 79 y vta.). Lo que se refuerza al verificar que, en función de los actos que tuvieron lugar en la misma, circunscriptas al mutuo consentimiento de las partes en desistir de la declaración de un testigo ofrecido por el órgano acusador, la presencia del imputado no resultaba necesaria. La situación descrita no puede ser asimilada, como lo pretende la parte recurrente, con un juicio en ausencia.

En definitiva, considero que el agravio deducido no puede prosperar y, en coincidencia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada en su totalidad.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los **DR. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren**, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, **EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:**

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los **DR. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO** adhieren voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

5- LUCERO PAEZ y ot. 15-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE Mul	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=544>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Valoración de la prueba. Fundamentación.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión en efectivo y al pago de una multa de pesos mil (\$1.000)** por considerarlo autor responsable del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, primer párrafo del CP), en la causa N° P-9628/20. Asimismo, se revocó la libertad condicional otorgada por el Tribunal Federal de Ejecución N° 2, y se procedió a unificar la pena impuesta, en la pena única de cuatro años y siete meses de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 del CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 221, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (Licencia). Adaro.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-05410795-6/1((028502-9628)) F. C/ LUCERO PAEZ FRANCO RUBEN, CERNA ORTIZ, LEDESMA P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA (9628-20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105586671*

En Mendoza, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05410795-6/1 caratulada "F. c/ LUCERO PÁEZ FRANCO RUBÉN, CERNA ORTIZ, LEDESMA P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial del imputado Franco Rubén Lucero Páez, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 221 de fs. 264 y vta. y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión en efectivo y al pago de una multa de pesos mil (\$1.000) por considerarlo autor responsable del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, primer párrafo del CP), en la causa N° P-9628/20. Asimismo, se revocó la libertad condicional otorgada en los autos FMZ 28468-16 por el Tribunal Federal de Ejecución N° 2, y se procedió a unificar la pena impuesta en la presente sentencia N° 221 con la pena impuesta en los autos FMZ-28468-16, dictada por el Tribunal Oral Federal N° 1, en la pena única de cuatro años y siete meses de prisión de cumplimiento efectivo.

El pronunciamiento fue dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado que: «[e]n el distrito de Bowen, departamento de General Alvear, Mendoza, para fecha 30 de enero de 2020, siendo las 20:19 horas aproximadamente, y en ocasión en que personal policial de Comisaría N° 46 de Bowen controló una camioneta marca Chevrolet, modelo S-10 de color blanca, dominio FLS-286, en el kilómetro 761 de la Ruta Nacional N° 188, al mando del ciudadano JML y como acompañantes los ciudadanos REC y Franco Rubén Lucero Páez, es que procedió al secuestro de un arma de fuego marca Diana, calibre 22 largo, tiro a tiro, sin número fabril y sin munición de recámara, que se encontraba en el piso del habitáculo de atrás de dicho rodado, careciendo los sindicados de debida autorización para su tenencia» (solicitud de audiencia de acusación, fs. 207).

Para así decidir el sentenciante valoró: las declaraciones testimoniales de José Ledesma, Laura Funcia, Carlos Padilla, Andrés Contrera y Pablo Pérez, el acta de procedimiento, el acta de secuestro y la fotografía del arma de fuego, el informe del RENAR y el informe de Policía Científica División Balística.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa oficial se enmarcan en las disposiciones el art. 474 inc 1 y 2 del CPP. Estima que el sentenciante omitió valorar prueba dirimente y que fundó su decisión con apreciaciones contradictorias, vulnerando así las reglas que hacen a la sana crítica racional en la valoración de las pruebas, y en consecuencia afectó directamente las garantías atinentes a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo.

Además, entiende que la norma erróneamente aplicada es la establecida en el art. 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP. Considera que en el presente caso se pudo demostrar que el acusado no tuvo intención (elemento subjetivo) de cometer el ilícito que se le atribuyó, por lo que estima que el actuar de Lucero no se subsume en lo establecido por el art. 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP, en tanto esa figura sólo admite dolo directo.

Argumenta que lo que se discute es una cuestión de hecho, toda vez que para ser autor del tipo penal enrostrado se requiere el conocimiento de llevar un arma de fuego sin la debida autorización, y la voluntad de actuar en tal sentido, circunstancias que, a su entender, no existieron.

Sostiene que resulta evidente de la prueba obrante en la causa, como así también de la declaración del acusado, su desconocimiento respecto del transporte de un arma de fuego.

En ese orden, refiere que Lucero manifestó que recién vio el arma cuando Cerna la sacó y le pegó el tiro al ternero y que luego de ese suceso el arma quedó guardada adentro de la camioneta a sus pies.

Al respecto, el recurrente estima que esta declaración debe tenerse como válida y cierta, en tanto nadie afirmó o probó lo contrario.

Agrega que el acusado, por un lado, desconocía lisa y llanamente la actividad que se estaba desarrollando en el vehículo de propiedad de Ledesma, y en tal sentido, considera que no puede ser autor de una tenencia de arma de fuego quien no conoce su existencia.

Por otro lado, entiende que el imputado se comportó de acuerdo a su rol, toda vez que fue hacer una changa, que era ayudar a cargar lícitamente a un ternero de propiedad de Ledesma, en el desconocimiento que se transportaba el arma de fuego, para luego regresar con el animal.

En efecto, sostiene que en la presente causa operan dos causales que excluyen la imputación objetiva **«el principio de confianza» y «la prohibición de regreso»**.

Sostiene que el imputado desconocía el arma que tenía uno de los ocupantes del vehículo porque operó la confianza en que los coimputados se comportarían de acuerdo a las normas y no está dentro de los deberes a su cargo exigir o revisar a sus compañeros, dado que se dirigía a realizar una actividad lícita.

Por esa razón el recurrente considera que decae la imputación objetiva por el principio de confianza. Asimismo, manifiesta que –no siendo Lucero el propietario del arma– se comportó de acuerdo a lo que había acordado con los otros imputados, es decir, que no quebrantó su rol de ir a ayudar a cargar el animal, por lo que su conducta es inocua y, por lo tanto, no es responsable de la misma.

Agrega que, Lucero actuó sin saber que su conducta estaba prohibida, lo que se conoce como error de prohibición; es decir, la situación fáctica en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuricidad de su actuar evitable o inevitable.

En relación a lo manifestado por el a quo, en cuanto a que «[e]l error debe ser invencible para excluir la tipicidad del mismo[...]» (fs.269 vta.), el recurrente consideró que, aún en el supuesto de que Lucero hubiera visto el arma mucho antes –pero después de subirse a la camioneta y antes que Cerna la sacara para dispararle al animal–, no podría haber salvado ese momento, no le era posible; de lo contrario tendría que haberse quedado en el campo o en el medio de la ruta.

Agrega que es una valoración de sentido común y que el mismo imputado manifestó que sabía que tenía que hacer las cosas bien porque estaba en libertad condicional, por lo que considera que el imputado nunca se representó la posibilidad de cometer el delito.

Asimismo, estima que del análisis de la prueba rendida, se desprende lo manifestado por uno de los testigos y coimputado, José Ledesma –quien estuvo presente durante toda la secuencia en que transportaban el arma de fuego–, referido a que el arma pertenecía a Reinaldo Cerna, que él la llevó y la utilizó para matar al animal que llevaban en la caja de la camioneta.

El recurrente considera que, si bien el Juez manifestó que esa declaración discrepó con la de Lucero –quien expresó que fue a hacer una changa–, esa discrepancia es realmente insignificante para el fondo de la discusión en cuanto a la tipificación del delito, y que de alguna manera marcó la actitud incriminante que tuvo el juez con el imputado.

Señala que esto también se vio reflejado en la falta de valoración respecto a la actitud de los policías que no recordaban no haber preguntado a los sujetos de quién era el arma, pero sí recordaban las posiciones en el vehículo.

En función de ello, entiende que la valoración efectuada por el a quo ha sido errónea y ha derivado en la atribución de responsabilidad a una persona que ni siquiera se había representado mentalmente la ocurrencia del suceso, por lo que solicita se case la sentencia impugnada, absolviendo a su defendido, o bien, se disponga su anulación.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el señor Procurador General entendió que el sentenciante contó con un plexo probatorio suficiente para llegar a la certeza requerida en ese estadio procesal para condenar al imputado, por lo que considera que el fallo impugnado luce acertado, fundado y no adolece de vicios susceptibles de ser corregidos mediante el remedio casatorio.

Expresa que, inclusive, el a quo se ha explayado sobre el aludido desconocimiento o error en el tipo propuesto por la defensa, señaló que, de haber existido error, éste no era invencible para excluir la tipicidad, lo que dedujo de los actos que exteriorizó el imputado.

Agrega que los cuestionamientos de la defensa, más que vicios de la sentencia, reflejan su discrepancia con la interpretación dado por el juzgado al plexo probatorio incorporado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Franco Rubén Lucero Páez, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

En forma preliminar y a los fines de ordenar el tratamiento en esta instancia, cabe señalar que los agravios casatorios pueden sintetizarse en torno a dos ejes.

El primero, referido a una errónea fundamentación de la sentencia, por haberse omitido valorar prueba dirimente y no haberse observado las reglas de la sana crítica racional; y, el segundo, relacionado, por un lado, con la atipicidad de la conducta por la falta de acreditación del elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 189, inc. 2, primer párrafo del CP; y, por otro, con la existencia de causales que excluyen la tipicidad objetiva, tales como el **«principio de confianza»** la **«prohibición de regreso»**, o bien con el encuadre de la conducta de su defendido en el denominado «error de prohibición».

Ese será entonces el orden en que serán analizados, sin perjuicio del carácter formal o sustancial de los vicios denunciados.

1) Acerca de la idoneidad de la fundamentación de la sentencia impugnada.

Al respecto, corresponde señalar que el cuestionamiento defensivo no puede prosperar, en tanto no surge de la motivación impugnada ninguna de las falencias referidas por el recurrente.

En efecto, conforme surge de las constancias audiovisuales, al momento de fundar su decisión, el a quo no sólo ponderó todos los elementos que fueron incorporados al debate con la conformidad de las partes, sino que éstos fueron analizados de acuerdo a los principios de la sana crítica racional.

De ese modo, y luego de señalar el carácter del delito atribuido a Lucero como también los elementos que componen el tipo y el grado de participación que se le atribuye al acusado, el sentenciante consideró que todas estas circunstancias se verificaban en el caso sometido a su juzgamiento.

En ese orden, expresó que las declaraciones de los efectivos policiales que tuvieron intervención en el procedimiento que diera origen a estas actuaciones –esto es Funcia, Padilla y Contreras– han sido coincidentes al expresar que «al descender los ocupantes observaron el arma de fuego tipo rifle que estaba en la parte de atrás de esta camioneta doble cabina, que estaba a los pies del pasajero del asiento trasero, que era el señor Lucero» (registro audiovisual, minuto 09:12).

Si bien la defensa cuestiona en esta instancia que el sentenciante no haya valorado negativamente que los funcionarios de policía no manifestaron no recordar haber preguntado a los ocupantes del vehículo de quién era el arma y que sí hayan tenido memoria en relación al lugar que ocupaba ésta cuando fue secuestrada, tal circunstancia no resulta dirimente para desvirtuar el razonamiento del juez.

Ello, toda vez que el lugar en el que se encontró el arma y la proximidad que ella tenía con el acusado Lucero no sólo surge de las declaraciones testimoniales de los policías actuantes, sino de la prueba instrumental incorporada a la causa, concretamente, del acta de procedimiento agregada a fs. 1/2.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que el a quo entendió que «[d]el resultado del debate surgieron algunos hechos que no fueron controvertidos, como son por ejemplo [...] que [se] conducían las personas que mencion[ó] dentro de la camioneta S-10 (Franco Lucero, Lucero, José Luis Ledesma y Reynaldo Eduardo Cerna), que el señor Ledesma iba como conductor, el señor Cerna iba como acompañante y que el señor Lucero iba en la parte de atrás, que el arma se encontraba en la parte de atrás en el piso, que el arma estaba en los pies del señor Lucero, que es un arma larga tipo rifle, que [el] informe de Policía Científica determinó que era un arma apta para el disparo, que era un arma de fuego de uso civil, que

ninguna de las partes acreditaron la autorización para la tenencia o portación del arma o su calidad de legítimo usuario» (audiencia, minuto 03:25).

En otras palabras, en esta instancia no puede prosperar un planteo respecto de circunstancias que fueron consentidas durante el debate, si aquéllas no se basaron en la vulneración de alguna garantía constitucional o la arbitrariedad del razonamiento, lo que en el caso no se verifica.

A ello cabe agregar que el recurrente no expresa de qué manera se habrían vulnerado los principios de la sana crítica racional.

Por el contrario, se ha limitado a sostener que se habría omitido valorar prueba dirimente sin indicar a qué elementos se refiere y tampoco en especificar cuáles serían las afirmaciones contradictorias que, a su entender, habría efectuado el tribunal de juicio.

En virtud de ello, considero que este agravio no puede prosperar.

2) Sobre las alternativas de subsunción jurídica planteados por la defensa del acusado

En el relación a este punto, cabe referir que el recurrente cuestiona la solución adoptada por el a quo en torno a la responsabilidad de Lucero Páez recurriendo a cuatro alternativas que no sólo han sido descartada en los fundamentos impugnados, sino que parecen inconciliables entre sí.

Así, en primer lugar, la defensa del acusado plantea que en autos no se han reunido los extremos propios del elemento subjetivo de la tenencia ilegítima de arma de fuego.

En ese sentido, sostiene que Lucero no tenía conocimiento de la existencia del arma en la camioneta y tampoco voluntad de detentación.

Para basar su hipótesis, expresa que el acusado no estaba informado de la actividad que sus compañeros iban a realizar, confiando que se comportarían de acuerdo a las normas –principio de confianza–; y que sólo actuó conforme al rol asumido, es decir «ir a hacer una changa», por lo que su conducta es neutral para el derecho –prohibición de regreso–.

Sin perjuicio del esfuerzo defensivo por desvincular al acusado de la responsabilidad que se le endilga, advierto que ninguna de esas posibilidades se verifica en la causa traída a consideración de esta instancia y así lo ha entendido el juez de sentencia.

En efecto, no resulta verosímil la hipótesis de que Lucero no haya sabido de la existencia del arma, toda vez que José Luis Ledesma, al declarar sostuvo «que invitó a Cerna y a Lucero a buscar chivo o este animal» y que «Lucero jamás tocó el arma [...] sí estuvo presente cuando con esa arma de fuego le dispararon a este animal ocasionándole la muerte».

Si bien la primera parte de esta declaración no coincide con lo sostenido por Lucero en cuanto a que sólo se comprometió a hacer una «changa», lo cierto es que lo contrario se deduce del resto del material probatorio y de sus propios dichos al sostener que «le preguntó [...] a Ledesma y a Cerna de quién era el arma pero ninguno le dijo nada» (audiencia, minuto 11:00).

En otras palabras, la versión del imputado referida a que desconocía la tarea que llevarían a cabo sus compañeros y que la realizarían mediante la tenencia de un arma de fuego respeto de la que cual ninguno tenía autorización, no resulta verosímil de su confrontación con el material probatorio obrante en la causa.

En ese sentido, cabe referir que el procedimiento policial se realizó cuando los acusados venían de regreso de la actividad que habían acordado realizar y que, conforme a los dichos de Ledesma y del propio imputado, en ese momento Lucero sabía de la existencia del arma, puesto que observó cómo le disparaban al animal transportado en la camioneta.

De igual modo se infiere la voluntad de tenencia del acusado, en tanto el arma era transportada en la camioneta en la que él se conducía, a la altura de sus pies y de modo visible para él, sin que exista ningún indicio en la causa –y tampoco ha sido introducido por la defensa de Lucero– de que ello haya ocurrido contra su voluntad.

En virtud de ello, advierto que en la presente causa se encuentran acreditados los extremos constitutivos del dolo requerido por el tipo de tenencia ilegítima de arma de fuego que se le atribuye a Lucero Páez.

A su vez, considero que el a quo ha descartado adecuadamente las hipótesis defensivas tendientes a excluir la imputación objetiva mediante la aplicación del principio de confianza y de la prohibición de regreso.

Es que no puede soslayarse que estos supuestos forman parte de una teoría específica entre aquellas que han pretendido establecer cuándo es posible atribuir a una conducta la producción de determinado resultado –**teoría de la imputación objetiva**–, y en el caso sometido a consideración de esta instancia el delito investigado es un delito de «**peligro abstracto**, es decir que no requiere que se haya producido un daño [...] el bien jurídico que se protege es la comunidad, la seguridad pública [...] lo que se quiere impedir es que el arma de fuego circule libremente generando este peligro para la sociedad, por eso [...] basta tener un arma de fuego, una arma apta para el disparo y que no se tenga autorización legal para tenerla», como consignó el sentenciante (constancias audiovisuales, minuto 05:22). Finalmente, corresponde señalar que tampoco puede prosperar el planteo defensivo según el cual Lucero Páez actuó bajo error de prohibición, por no saber que su comportamiento estaba prohibido, y que en función de ello debía excluirse su responsabilidad.

Es que esa pretensión fue refutada de manera suficiente y adecuada por el a quo, quien consideró que, sin perjuicio de que el error aludido sea de tipo o de prohibición, lo determinante «es que el error [...] debe revestir la característica de ser invencible para excluir la tipicidad» en el caso de error de tipo (constancias audiovisuales, minuto 17:05), y también para excluir la culpabilidad en el caso del error de prohibición, lo que en el caso no se verifica.

En ese sentido, el tribunal de mérito consideró además que Lucero Páez no actuó bajo ningún tipo de error, en tanto conocía efectivamente que llevaban un arma de fuego en la camioneta y no pudo desconocer que esa actividad estaba prohibida, toda vez que él mismo manifestó que las armas no pueden comprarse en el mercado porque pueden provocar o causar daño, como surge del minuto 13:43 de las constancias audiovisuales.

En virtud de ello, resulta claro que este agravio tampoco puede ser acogido en esta instancia.

En definitiva, considero que la resolución impugnada se encuentra debidamente fundada y que en ella se ha efectuado una correcta aplicación del derecho vigente, sin que se verifique ninguna falencia que amerite su anulación. En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere por su fundamentos.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Rubén Lucero Páez.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2021.

6- MARTINEZ. 16-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														475
			AFG		-	-	A	-		-	-	-	N	476

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcMartinez.pdf

Lex: Art. 189 bis, apartado 2, 4to párrafo en función del quinto y sexto párrafo del Código Penal

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Suspensión del Juicio a Prueba. Consentimiento fiscal vinculante. Revocar SJP. Fundamentos erróneos. Bien jurídico protegido. Exceso en el control de razonabilidad por el a quo.

Summa:

El **JPC** N° 2 otorgó al señalado el beneficio de la suspensión de juicio a prueba, en autos N° P-88724/18, por el plazo de tres años.

El **Fiscal** Subrogante de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación a fs. 18/32 contra el auto dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2.

El **Procurador General** mantiene el recurso fiscal interpuesto y remite a los argumentos allí expuestos. Asimismo, recalca su posición en relación a que la expresa negativa fiscal, expresada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto solicitado. .

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación y remite los obrados al Tribunal de origen.

Resolución cuestionada: Auto pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Actis Quinteros.
- Crecitelli Fliguer.
- Cargnelutti Martin. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMMM.pdf
- Bustos Baldor.
- Moreno Frias. 01-12-17: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- Ramón Mayorga.
- Gonzalez Farías. 05-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180605_FcGFJ.pdf
- Entre Rios Oliva.
- Rodriguez Rosales.
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcTS.pdf
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

- Estrella.
- Luna Amaya.
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

b-CNCP

- Kosuta. 17-08-99: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kosuta-teresa-recurso-casacion-causa-1403-fa99261001-1999-08-17/123456789-100-1629-9ots-eupmocsollaf>

Parágrafo destacado

*“...en el caso de autos el abordaje realizado por la a quo implicó inmiscuirse en la conveniencia de la realización del juicio oral, lo que constituye objeto de evaluación del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, **el representante de la acusación estatal en la audiencia manifestó suficientemente los motivos para denegar su consentimiento que se basaron fundamentalmente en criterios de política criminal establecidos por el superior jerárquico del órgano al que pertenece...**”*

Auto cuestionado

Autos N° P-88.724/18 caratulados “FISCAL c/ MARTINEZ MONZON, Walter Orlando p/ Portación ilegal de arma de guerra atenuada” Mendoza, 21 de junio de 2019 AUTOS Y VISTOS: Quien suscribe, Dra. MARIANA GARDEY, integrante del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, resolviendo en la causa N° P-88.724/18 caratulados “FISCAL c/ MARTINEZ MONZON, Walter Orlando p/ Portación ilegal de arma de guerra atenuada”, seguidas a instancia fiscal contra el imputado..., dejando constancia de la actuación de la del Ayudante Fiscal, Dr. Juan Manuel Sánchez, y de la defensa, Dr. Santiago Rauek, CONSIDERANDO: I.-Que durante la celebración de la Audiencia de Detención y Acuerdos los días 05 y 21 de junio de 2019, el imputado WALTER ORLANDO MARTINEZ MONZÓN, junto a su defensa solicitaron la Suspensión del Juicio a Prueba a los términos del artículo 76 bis y concordantes del Código Penal y art. 30 del Código Procesal Penal, y en subsidio solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución de Procuración N° 717/16. Hace reserva de casación y recurso extraordinario federal. Por su parte, el titular del Ministerio Público Fiscal no otorga su consentimiento para que se haga lugar a esa solicitud, y solicita el rechazo de la inconstitucionalidad solicitada. Hace reserva de casación. II.- Que quien suscribe conforme con los fundamentos expuestos durante la celebración de la referida audiencia (arts. 147 y 155 CPP),. Por todo ello, RESUELVO: 1. HACER LUGAR al BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA por el término de TRES AÑOS a favor del imputado de otras circunstancias consignadas en autos, por el delito de PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA delito previsto y penado en el ART. 189 BIS, APARTADO 2, 4to pfo en función del 5 y 6 del CP

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04850068-9/1((018502-88724)) FC/ MARTINEZ MONZON, MARTINEZ MONZON P/ SIN CODIFICAR (88724) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104932567*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04850068-9/1 caratulada “F. c/ MARTÍNEZ MOZÓN... P/ SIN CODIFICAR S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal Subrogante de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación a fs. 18/32 contra el auto dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 en tanto concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Walter Orlando Martínez Monzón en los autos N° P-88724/18 por el plazo de tres años con imposición de reglas de conducta.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 2 en primer lugar no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de la resolución del Procuración General N° 717/16 bajo el entendimiento de que no constituía una norma en sentido formal sino únicamente una en sentido material y ello impedía su tacha de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba en favor de Martínez Monzón por un plazo de tres años con específicas reglas de conducta. Para así resolver consideró que el dictamen fiscal que denegó su consentimiento era irrazonable e infundado por centrar su argumentación en una resolución de Procuración General sin un análisis específico del hecho investigado.

Entendió que la aplicación de la resolución efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal podía afectar el principio de igualdad debido a la disparidad en la interpretación entre los agentes fiscales en la práctica.

Así, señaló que una interpretación de la resolución de Procuración General propicia que si el arma no se ha utilizado en el hecho o no se ha puesto en riesgo a las personas, pueda prestarse conformidad fiscal para la procedencia del instituto procesal aquí en cuestión.

Discurre la magistrada que en el caso de autos se ha aplicado otro razonamiento por parte del representante fiscal. Finalmente, luego de descartar la negativa fiscal por infundada, consideró que atento a la falta de antecedentes del imputado y que el Ministerio Público Fiscal le atribuyó un delito de acción

pública que tiene previsto un pena de prisión inferior a 3 años, implicaría una desproporcionalidad punitiva denegar el instituto solicitado e hizo lugar a lo peticionado por la defensa.

En este sentido, recalcó que el órgano acusador estatal tuvo en consideración la falta de peligrosidad que expresan las circunstancias en que se produjo el hecho para atribuir la figura penal en su forma atenuada.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación de conformidad con lo establecido por los arts. 475 y 476, inc. 4, del CPP. Asevera que la resolución del Juzgado Penal Colegiado N°2 genera agravios en los términos de lo normado por el art. 474, incs. 1 y 2, del CPP. Cuestiona que se haya otorgado el beneficio de suspensión del juicio a prueba, sin el consentimiento fiscal, por haber estimado la a quo que constituía la mejor medida para reparar el daño causado mediante el delito atribuido.

Asevera que tanto la normativa provincial como la nacional, que establece el instituto procesal solicitado, requieren el consentimiento del órgano acusador estatal para su procedencia. Cita jurisprudencia de este Máximo Tribunal relativa al carácter vinculante del dictamen fiscal negativo, entendido como un presupuesto de procedibilidad («**Actis Quintero**» y «**Crecitelli Flguer**»); como también que se exige una mera manifestación de seguir continuando con la acción penal de manera inequívoca sin expresión de razones por parte del Ministerio Público Fiscal («**Cargnelutti Martín**»).

Hace referencia al Plenario «**Kosuta**» de la Cámara Nacional de Casación Penal en relación a que el dictamen fiscal negativo fundado resulta vinculante. Asimismo, alega que **el modelo procesal establecido por ley N° 9040 –sistema acusatorio de segunda generación– otorga protagonismo exclusivo y excluyente de la pretensión penal al Ministerio Público Fiscal.**

Recuerda que dentro de sus facultades se encuentra solicitar la suspensión de la acción penal por razones de política criminal, las que generalmente se encuentran delineadas por el Procurador General en sus resoluciones generales de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este sentido, **destaca la Resolución N° 717/16 en tanto establece que no se prestará consentimiento cuando se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común ni armas de fuego en el hecho.**

Hace especial hincapié en que dicha resolución es de aplicación obligatoria para los Fiscales de Instrucción. Cuestiona que la a quo haya excedido el control de legalidad que le corresponde, soslayando el dictamen negativo fundado del representante del órgano acusador estatal.

Ello en virtud de no compartir el criterio fiscal y efectuar consideraciones propias respecto a la política de persecución penal. Reitera su posición relativa a que el bien jurídico protegido en la clase de delitos como el que ha sido atribuido en autos es la seguridad pública y entiende que se requiere un mayor nivel de análisis de este tipos de casos por la creciente comisión de ilícitos perpetrados con armas de fuego y la vulneración que ello implica a la tranquilidad social.

Destaca que el hecho investigado tiene relevancia en tanto Martínez Monzón en oportunidad de encontrarse alrededor de las 16 hs. en los senderos de Chacras de Coria, lugar en el que diariamente se practican actividades deportivas, efectuó varios disparos con un arma de fuego de importante calibre. Asevera que, si bien el imputado es tenedor autorizado, excedió los límites del derecho otorgado. Por su

parte, cuestiona que se haya otorgado la suspensión del juicio a prueba contrariando lo establecido en el art. 76 bis párr. octavo del CP relativo a la pena de inhabilitación.

Afirma que ello junto a la directiva de la Procuración General N° 225/11 impide a los representantes del Ministerio Público Fiscal consentir la concesión del beneficio procesal solicitado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso fiscal interpuesto y remite a los argumentos allí expuestos. Asimismo, recalca su posición en relación a que la expresa negativa fiscal, expresada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto solicitado.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado (así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros).

En este sentido, el criterio que el recurso deriva de los casos «Cargnelutti» y «Crecitelli Flieger» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial. En el caso «Romero Díaz» he abordado este error –advertido en otro recurso del MPF– y he explicado las razones que fundamentan mi posición, precedente al que remito en honor a la brevedad.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos.

En efecto, el razonamiento efectuado por la a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal. Así, cuestionó que por haber sido disparada un arma se justifique la denegación de consentimiento fiscal y la forma de interpretar la resolución de Procuración General por parte del representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia.

La jueza de instancia inferior discrepó con el análisis efectuado por el representante del órgano acusador estatal y por ello consideró pertinente dejarlo de lado. Asimismo agregó sus propias consideraciones sobre la conveniencia de la procedencia del instituto resolviendo que resultaba desproporcionado desde lo punitivo no conceder en el caso de autos la suspensión del juicio a prueba.

Entiendo que en el caso de autos el abordaje realizado por la a quo implicó inmiscuirse en la conveniencia de la realización del juicio oral, lo que constituye objeto de evaluación del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, **el representante de la acusación estatal en la audiencia manifestó suficientemente los motivos para denegar su consentimiento que se basaron fundamentalmente en criterios de política criminal establecidos por el superior jerárquico del órgano al que pertenece.**

Así, la evaluación de la interpretación y forma de aplicación de los criterios de actuación son materia del Ministerio Público Fiscal, como órgano independiente del Poder Judicial y con facultades propias establecidas en su ley orgánica.

La posición fiscal delineada en la audiencia analizó la naturaleza de la figura penal de portación de armas de fuego y cómo afecta al bien jurídico protegido, lo que entendió que se produjo en el hecho investigado. Al mérito de conveniencia explicitado le agregó jurisprudencia nacional y provincial relativa a que es atribución del Ministerio Público Fiscal realizar el juicio de conveniencia de aplicación de criterios de oportunidad en los hechos investigados puntuales.

Asimismo, este razonamiento ha sido el defendido con mayor profundidad en el recurso de casación interpuesto y es lo que fundamenta el rechazo propiciado en la audiencia. Así, en el recurso se reitera que la seguridad pública, como bien jurídico protegido, es de interés del órgano acusador estatal de protección. Ello, en particular, por la creciente comisión de ilícitos perpetrados con armas de fuego y la vulneración que ello implica a la tranquilidad social. En relación al hecho, se precisa que el hecho investigado tiene relevancia en tanto Martínez Monzón en oportunidad de encontrarse alrededor de las 16 hs. en los senderos de Chacras de Coria, lugar en el que diariamente se practican actividades deportivas, efectuó varios disparos con un arma de fuego de importante calibre. Asevera que, si bien el imputado es tenedor autorizado, excedió los límites del derecho otorgado.

Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal. En consecuencia, estimo que la crítica de la a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP. c.- En base a los motivos expuestos, corresponde a mí entender hacer lugar al recurso de casación planteado por la representante fiscal (art. 462 del CPP).

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción, de fecha 21 de junio de 2019, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Walter Orlando Martínez Monzón, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 18/32 por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de septiembre de 2021.-

7- BRACAMONTE ANTUNEZ. 12-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=712>

Lex: Art. 189 Bis 4° párrafo, 149 bis 1° párrafo 2° supuesto, Art. 183 1° párrafo y Art. 55 del CP.

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Amenazas. Daño. Violación reglas de la sana crítica. Valoración probatoria.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de guerra, abuso de arma (dos hechos), amenazas con armas y daño simple en concurso real.

La **defensa** interpone recurso fundando su reclamo en Art 474 inc 2° del CPP por entender que la sentencia resulta arbitraria por errónea y parcial valoración de la prueba de cargo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6947, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente.

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05521146-3/1((018501-743761)) F. C/ BRACAMONTE ANTUNEZ RAUL WALTER P/ PORTACIÓN ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA, ABUSO DE ARMA (DOS HECHOS), AMENAZAS CON ARMAS Y DAÑO SIMPLE TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105703553*

En Mendoza, a los doce días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05521146-3/1 caratulada "FC/BRACAMONTE ANTUNEZ, RAÚL WALTER S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: **primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.**

La defensa particular de Raúl Walter Bracamonte Antúnez interpone recurso de casación contra la sentencia N° 6.947 pronunciada por Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se lo condenó a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra, abuso de arma (dos hechos) amenazas con armas y daño simple en concurso real (arts. 189 bis , 4° párrafo, 149 bis, primer párrafo segundo supuesto, 183 primer párrafo y 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO M. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que «[...] el día 25 d agosto de 2019, siendo las 21:20 horas aproximadamente, arriban en un vehículo marca Peugeot 505 dominio TDZ 098, tres sujetos JESUS BRACAMONTE, CARLOS MANUEL BRACAMONTE CONTRERAS y RAÚL WALTER BRACAMONTE ANTUNEZ al domicilio sito en calle San Luis 461 de Las Heras, Mendoza, momento en que descienden del auto, RAUL BRACAMONTE efectuó disparos de un arma de fuego calibre 9 mm, contra QUINTEROS DAVILA NAHUEL ALEXANDER sin lograr lesionarlo».

«En dichas circunstancias RAUL BRAVAMONTE que exhibía un arma de fuego tipo revolver calibre 9 mm y JESUS BRACAMONTE quien exhibía un arma de fuego calibre 9 mm, ambos golpeaban con las armas el vehículo marca Peugeot 208 dominio AC080UR color rojo de propiedad de QUINTEROS DAVILA NAHUEL ALEXANDER, provocando en el mismo, fractura en las puertas del lado del conductor y fracturas en la luneta. En la misma oportunidad, CARLOS BRACAMONTE hizo uso de amenazas, momento en que exhibía un arma de fuego calibre 22 hacia QUINTERO DAVILA NAHUEL ALEXANDER manifestándole: "Ya los vamos a matar todos. Los vamos a correr del barrio". A la vez que JESUS BRACAMONTE hizo uso de amenazas,

momentos en que exhibía un arma de fuego calibre 9 mm hacia QUINTEROS DAVILA NAHUEL ALEXANDER manifestándole: "tu suegra la bati cana, nos batió a la cana. Los vamos a matar a todos"».

«En las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar RAUL BRACAMONTE hizo uso de amenazas, momentos en que esgrimía un arma de fuego calibre 9 mm, hacia QUINTEROS DAVILA NAHUEL ALEXANDER manifestándole: "te voy a matar". Luego en el mismo día pero siendo las 21:50 horas aproximadamente, JESUS BRACAMONTE efectuó un disparo con arma de fuego calibre 9 mm, hacia QUINTEROS DAVILA NAHUEL ALEXANDER, quien circulaba en su vehículo marca Peugeot 208 dominio AC080UR por calle 25 de Mayo, casi intersección de calle San Luis, de Las Heras, Mendoza, sin la impresión de este documento es COPIA NO CONTROLADA Verifique la última versión vigente en el espacio compartido del SGC 2 lograr lesionarlo, causando daños en el auto. Finalmente, también siendo el mismo día, pero a las 21:55 horas aproximadamente, los sujetos JESUS BRACAMONTE y RAUL WALTER BRACAMONTE ANTUNEZ efectuaron disparos de armas de fuego calibre 9 mm, contra el domicilio sito en calle 25 de Mayo N° 1142 de Las Heras, Mendoza, propiedad de ROMERA PONCE ROMELIA, dañando la propiedad mencionada. Momentos en que arriba personal policial, quienes al visualizar a los sindicados esgrimiendo las armas de fuego, tras un forcejeo, logran la aprehensión de CARLOS MANUEL BRACAMONTE CONTRERAS y RAUL WALTER BRACAMONTE ANTUNEZ, no así de JESUS BRACAMONTE, logrando éste último darse a la fuga».

«Asimismo, secuestran un arma de fuego calibre 9 mm, marca bersa thunder con número fabril adulterado y/o limado con cargador calibre 9mm con una munición idem calibre en el mismo, con la munición en recámara apta para disparar la cual se encontraba en poder de RAUL WALTER BRACAMONTE ANTUNEZ no poseyendo este último la documentación habilitante, otra arma de fuego tipo revolver calibre 22 corto color plateado con cachas marrones marca bagual de seis alvéolos sin arco guardamonte, conteniendo unos de sus alvéolos una munición percutada, y dos vainas servidas de calibre 9 mm. A posterior, el arma calibre 9mm secuestrada fue examinada por personal idóneo de la División Balística Forense de Policía Científica, quien informó en sus conclusiones que el arma funciona para la ejecución de disparos, encuadrando la misma como arma de guerra de uso civil condicional según Ley Nacional 20.429/73, y con respecto al arma calibre 22, informó en sus conclusiones que el arma no funciona para la ejecución de disparos, encuadrando la misma como arma de uso civil según Ley Nacional 20.429/73».

Para así decidir el tribunal valoró las declaraciones testimoniales de Romelia Ponce, de Débora Montes de Oca, de Micaela Soria, de Diego Hernández, entre otros y demás prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación de la defensa

El recurrente funda el reclamo en el art. 474 inc. 2 del CPP., por entender que la sentencia resulta arbitraria por una errónea y parcial valoración de la prueba de cargo. Entiende, en tal sentido, que no se han observado las reglas de la sana crítica racional por lo que, a su criterio, la sentencia deviene nula.

Considera que las testimoniales rendidas en el debate presentan contradicciones e inconsistencias sobre la participación de su defendido en el hecho investigado. En particular efectúa una serie de consideraciones en relación a la declaración testimonial del funcionario policial Pelandino y la de Karen Janet Torres Pérez, vecina de la zona. En particular sobre esta última debido que expuso ante el tribunal de juicio que tenía miedo porque fue amenazada por integrantes de la familia Montes de Oca y también por Quinteros en la OGA. Asimismo, respecto al testimonio de Débora Cristina Montes de Oca, quien

sostuvo que el día de los hechos Jesús Bracamonte alias “el Tocho” le dio machetazos a ella y que un chico que estaba en el lugar lo apedreó por lo que aquél cayó desmayado. Del mismo modo, critica la ponderación de los testimonios de Nahuel Quinteros y de Romelia Romero Ponce, así como del acta de procedimiento de fs. 19/21.

Concluye que del análisis objetivo de las probanzas incorporadas a la luz de las reglas de la sana crítica racional no se puede alcanzar la certeza necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria, por lo que solicita la absolución del acusado por aplicación del art. 2 del CPP. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 5/6, contesta la vista de ley, el señor Procurador General que aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado.

Ello así pues, a su criterio, el juzgador de la instancia anterior analizó la totalidad de la prueba y de los testimonios rendidos en el debate, surgiendo que el acusado estuvo en el lugar del hecho, participó activamente en el mismo, portando un arma de fuego con la que efectuó disparos, dañó el rodado de la familia perjudicada y profirió amenazas.

Agrega, además, que en el marco probatorio reseñado las contradicciones a las que alude la defensa particular del acusado, aparecen como secundarias o carentes de entidad necesaria como para restar validez a la valoración efectuada por el sentenciante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, debe señalarse que del análisis de la crítica recursiva efectuada, advierto que su esencia se orienta a cuestionar la sentencia de la instancia **previa** en base al cuestionamiento de la valoración probatoria realizado por la juzgadora. Sin perjuicio de ello, estimo que no le asiste razón a su planteo por constituir una mera discrepancia con la labor de ponderación de la prueba, sin rebatir de manera adecuada y razonada los argumentos expuestos en la sentencia que cuestiona (L.S. 333-64; 400-240; 407-155; entre otros). Más allá de ello, debe decirse que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que, como se adelantó, en la especie no ocurre.

En efecto, ningún defecto se advierte en la valoración probatoria realizada por la jueza de la instancia previa, como sugiere la recurrente. Por el contrario, de la lectura de los fundamentos bajo estudio se advierte un adecuado análisis de la prueba rendida en el debate, así como la incorporada con la anuencia de las partes. A partir de allí dio cuenta de la plataforma fáctica acreditada con detalle de sus circunstancias temporales y modales.

En este sentido debe destacarse que en relación con el testimonio de Romelia Ponce, quien sostuvo que formuló la denuncia luego de haber recibido en el frente de su domicilio impactos de bala de arma de

fuego. A ello agregó que vio a tres personas que eran Jesús Bracamonte, Carlos Manuel Bracamonte y Raul Walter Bracamonte arribar en un vehículo Peugeot 505 y que el último de aquéllos efectuó disparos al aire. Sobre estos hechos la jueza refirió que resultaron concomitantes y continuos el 25 de agosto de 2019, alrededor de las 21:30 horas.

En cuanto a la declaración de Nahuel Quinteros, la magistrada ponderó que sus dichos resultaron concordantes con la declaración de Romelia Ponce y de Débora Montes de Oca.

Por su parte, respecto a la declaración de Débora Montes de Oca, quien declaró, en relación con los hechos investigados, que había salido a hacer unas compras y que regresó a instancia de la llamada de su hija, quien le advirtió de la situación. Así fue que al regresar vio que su casa estaba en llamas y a los vecinos tratando de apagar el fuego, que llegaron los Bracamonte y que Raúl hizo disparos al aire para evitar que los vecinos logran apagar el incendio,

Lo mismo puede decirse de los testimonios de Jimena Micaela Soria y de Diego Hernández, quienes sostuvieron que conocían a Jesús Bracamonte, alias el “Tocho” y que al advertir que Jesús Bracamonte tenía un machete, alguien que se encontraba en el lugar le arrojó un “piedrazo” y aquél cayó desmayado. Luego, en esas circunstancias, su esposo Diego Hernández acompañó a Jesús Bracamonte hasta su casa y que lo dejó a unos metros de su domicilio. Sobre estas declaraciones la jueza señaló que corroboraban la declaración de Débora Montes de Oca y de Romelia Ponce, lo que permitía tener por acreditados los hechos sin margen de duda.

Como se puede advertir entonces, la jueza ha analizado toda la prueba obrante en la causa, en particular la testimonial rendida en el debate y, sobre esa base, ha tenido por acreditada la existencia de los hechos reprochados Raúl Bracamonte Antúnez, así como su responsabilidad en ellos. Ello impide la aplicación de la regla in dubio pro reo, como impetra el impugnante, toda vez que no es factible cuando no surge, tal como se ha explicado, el estado intelectual de duda que legitima la aplicación de aquel principio.

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Votos Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Raúl Walter Bracamonte Antúnez.
- 2.- Imponer las costas al recurrente vencido y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

8- ROGERONE ROMERA. 13-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCC										474
-	-	-	AFG	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-1°

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 6° y 7° párrafo, 45 del CP.

Vox: Portación ilegal atenuada. Arma de fuego de guerra. Ausencia de fines ilícitos. Nulidad sentencia. Falta de fundamentación. Inobservancia de reglas de sana crítica racional.

Summa:

El JPC condenó a la nombrada a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional e inhabilitación especial por el doble tiempo por considerarla autora del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal atenuada por ausencia de fines ilícitos.

El **Fiscal** interpone recurso de casación. (Art. 474 inc. 1° del CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación formulado, anula el debate y la sentencia y sus fundamentos, ordenando su remisión al JPC para que la OGAP determine juez y emita nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7160, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Masi. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>

Precedentes vinculados.

- Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro. 07-11-18.
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- Peralta Calderón. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>

Párrafos destacados

*“En el precedente evocado sostuve que en nuestro ordenamiento procesal **la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal**, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 CPP).”*

“En este punto, estimo importante resaltar que de confirmarse el temperamento del juzgador quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en situaciones como la descrita, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como una excepción, restringida al supuesto de que resulte evidente la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(P.T.)

Fallo:

CUIJ: 13-05519309-0/1((018501-12657)) F C/ ROGGERONE ROMERA, SASHA MARIANA MICAELA P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO GUERRA (12657) (12657/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105701462*

En Mendoza, a los trece días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05519309-0/1 caratulada "F. C/ ROGGERONE ROMERA, SASHA MARIANA MICAELA P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad de delitos no especializados interpone recurso de casación contra la sentencia N° 7160 pronunciada por el Primer Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que condenó a Sasha Mariana Micaela Roggerone Romera, a la pena de tres años de prisión con los beneficios de la ejecución condicional e inhabilitación especial por el doble de tiempo por autora del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal atenuada por ausencia de fines ilícitos (art. 189 bis inc. 2° párrafo 6 y 7 y 45 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio ha tenido acreditado que «el día 8 de Febrero de 2020, siendo las 18:15 hs. aproximadamente, el personal policial actuante fue desplazado por el C.E.O a calle Ameghino 2532, de Las Heras y una vez que se encontraban en el lugar, procedieron a la aprehensión de Sasha Mariana Micaela Roggerone Romero, que portaba sin la debida autorización legal, un arma de fuego tipo Revólver, marca Diablo, color gris, calibre 38 Special, con tres cartuchos calibre 38 Special en el interior de sus alvéolos.

Posteriormente informó la División Balística de Policía Científica que el arma mencionada es apta para el disparo y se califica según la Ley Nacional de Armas como un arma de fuego de uso civil condicional de guerra».

El tribunal de anterior instancia, subsumió los hechos en el art. 189 bis inc. 2° párrafos 6° y 7º y art. 45 del C.P, esto es portación de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal atenuada por ausencia de fines ilícitos. Para concluir de esa manera valoró entre otros elementos probatorios los siguientes, la declaración testimonial de María Rosa Villalba, de Hernán Pablo Fraccia Carolini, de Gustavo Álvarez Chávez, el informe de CEO y del Registro Nacional de Arma.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del **inc. 1° del art. 474 del CPP**, por entender que la resolución recurrida adolece de una **errónea aplicación de la ley sustantiva**, esto es concretamente que el juzgador aplicó la figura de la portación ilegal de arma de fuego atenuada (art. 189 bis inc. 2, sexto párrafo del CP) a partir de una **errónea interpretación del delito, tanto en la figura básica como en la figura atenuada**.

El fiscal entiende que la ley no exige que deba comprobarse que el autor de la portación llevaba el arma con un fin ilícito sino que sólo se castiga a quien lleva consigo que la vía pública de un arma de fuego en condiciones de uso inmediato y sin la debida autorización legal con el conocimiento y voluntad de ello.

Sostiene que para la procedencia de la figura atenuada debe existir certeza o duda sobre la falta de intención ilícita de portar el arma de fuego lo que se deduce de las condiciones personales del autor y de las circunstancias del hecho.

Expresamente dice que «Al haber portado la acusada sin la debida autorización un arma de fuego apta para el disparo, con el conocimiento y la sola voluntad de portar la misma, que siendo un delito de peligro abstracto, lo que se castiga es la acción de tener un objeto peligroso para la seguridad pública, bien jurídico protegido por la figura de análisis al presumir la ley que quien porta el arma sin la debida autorización lo hace con una finalidad ilícita, y solo excepcionalmente cuando las circunstancias del hecho demuestren lo contrario será de aplicación la figura atenuada, circunstancias que en el caso que nos ocupa no han podido ser acreditadas».

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 6, el señor Procurador mantiene el recurso interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de Unidad Fiscal de Delitos no Especializados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado debe ser acogido, por las razones que a continuación expongo.

Ya he tenido oportunidad de expedirme en relación a la temática planteada a través del recurso de casación por el Ministerio Público Fiscal en el precedente recaído en “**Masi**”, cuyas consideraciones resultan de aplicación al presente caso.

En el precedente evocado sostuve que en nuestro ordenamiento procesal **la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal**, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 CPP).

Y esto fue lo que ocurrió en autos, dado que el a quo no tuvo en cuenta las pautas precedentes, arribando a la solución que agravia al fiscal, mediante un razonamiento equivocado.

De tal modo, soslayó que en primer lugar, debía partir de la figura básica del inc. 2 del art. 189 bis Cód. Penal, para recién después, en su caso, desestimarla fundadamente, y no mediante una motivación aparente, ceñida a su íntima convicción y en contravención a las reglas de la sana crítica racional. En efecto, no explicó debidamente en su pronunciamiento, la razón por la que se apartó de dicha figura básica, si la imputada portaba sin autorización, envuelta en una campera el arma de guerra que le fue

encontrada en condiciones de uso inmediato, con tres proyectiles en el momento de su aprehensión en la vía pública.

A esto se suma que valoró defectuosamente pruebas decisivas en orden a establecer las circunstancias del hecho. Así le confirió a la copia certificada de fs. 25 y 26, que da cuenta que la víctima de autos, la señora Tapia presentaba en su perfil de Facebook una foto de su imagen con un arma de fuego.

De ello el juzgador infirió que la acusada bien pudo tener en esas circunstancias el arma en mira de una eventual situación defensiva y más teniendo en cuenta la disputa que mediaba entre ambas familias y de ello inferir que no tuvo intención de cometer un hecho ilícito o al menos inferir la duda al respecto. Extremo que no los exime del cumplimiento en forma cabal de la ley penal, por lo que no puede utilizarse para justificar la atenuación en trato, en la forma que lo hizo el inferior.

En este punto, estimo importante resaltar que de confirmarse el temperamento del juzgador quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en situaciones como la descripta, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como una excepción, restringida al supuesto de que resulte evidente la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

El juez debe cumplir la ley, cuyo cumplimiento no es facultativo, sino obligatorio, según lo establecen la Constitución Nacional (art. 112) y la Constitución de Mendoza, que especifica que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que «las sentencias que se pronuncien se fundarán en el texto expreso de la ley» (art. 149), según me he expedido con antelación y estimo aplicable al caso.

Por ello entiendo que asiste razón al recurrente cuando sostiene que en el caso concreto se aplicó erróneamente la figura atenuada, sin que se hubiera acreditado suficientemente la falta de intención de cometer un ilícito, inferida de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales de la autora.
ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal debo señalar que coincido con la solución a la que llega el colega preopinante en el sentido que corresponde hacer lugar a la impugnación y, en consecuencia, anularse la resolución cuestionada.

Más allá de los argumentos que se expusieron en el voto precedente, entiendo oportuno señalar que en casos como el presente es necesario destacar la importancia que tienen los esfuerzos por parte de los Estados en el desarme de la población civil.

En este sentido la Agencia Nacional de Materiales Controlados tiene a su carga la ejecución del Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego –creado por ley 26.216, prorrogado por decreto 560/2008 y por las leyes 26.520, 26.644, 26.792, 26.919, 27.286, 27.415 y 27.529– con el propósito de reducir el circulante de armas en la sociedad civil y prevenir los efectos de la violencia armada. Este plan se encuadra en la política de desarme que el aquel organismo implementa a nivel nacional, conforme al Plan de Restricción de Armas de Fuego del gobierno nacional.

Este tipo de programas representan una apertura a la participación ciudadana para la disminución del uso de armas en el país. Ello, a mi modo de ver, contribuye a mejorar el desarrollo de nuestra sociedad. La violencia armada, en cualquiera de sus expresiones, genera graves consecuencias para los ciudadanos: aumenta la violencia de género y en muchas ocasiones obliga a mujeres a huir de sus hogares; incrementa la violencia en los ámbitos escolares; aniquila infraestructuras y servicios sociales y sanitarios; fomenta el crimen organizado.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU considera que sólo es posible impulsar el desarrollo en un entorno seguro y que, para ello, son necesarias sociedades pacíficas, justas e inclusivas, en las que las personas no tengan temor a ninguna forma de violencia y se sientan seguras a lo largo de su vida, independientemente de su origen étnico, religión u orientación sexual. La consecución de tal objetivo requiere que los Estados partes garanticen la eficacia de sus instituciones públicas y que, en tal sentido, éstas establezcan y desarrollen políticas acordes al fin propuesto.

En ese marco, la meta 16.4 de esa Agenda propone explícitamente reducir las corrientes de armas ilícitas, lo que redundaría en la consecución de otras metas: igualdad de género; seguridad en las ciudades; crecimiento económico; reducción de la pobreza.

Ante ello, resulta claro que los órganos judiciales de los Estados partes no pueden permanecer ajenos al logro de los objetivos propuestos como meta y, siendo así, considero que la resolución de la jueza a quo que estima procedente la atenuante prevista por el art. 189 bis, 2, apartado 6 del CP, resulta arbitraria en su valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa y contraria a los fines aludidos.

Por los motivos expuestos entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia N° 7160 y sus fundamentos, debiéndose remitir los obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Anular el debate, la sentencia N° 7160 y sus fundamentos, debiéndose remitir los obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo VIII.

Delitos contra la administración pública.

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

1- INCIDENTE DE RECUSACIÓN CONJUEZA. 27-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_Incidente.pdf

Lex: Art. 72 inc. 11 del CPP. Art. 5 de la Ley 7294.

Vox: Imparcialidad. Arbitrariedad en la fundamentación de la decisión.

Summa:

El TPC resolvió hacer lugar al pedido de recusación de quien era conjuenza del JPC N° 1, formulado por las querellantes particulares Kosaka Kumiko y Asunción Martínez, y ordenó el sorteo de un nuevo juez que ocupara su cargo de modo efectivo.

El Fiscal interpone recurso de casación y atribuye vicios procedimentales a la decisión del TPC N° 1 - 1° CJ. El vicio consistiría en no haber valorado las pruebas de acuerdo a la sana crítica racional y, por ello, haber aplicado erróneamente la causal de recusación.

El Procurador General mantiene el recurso planteado por la Fiscalía y se remite a sus argumentos.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso formulado en autos por la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados, y en consecuencia anular el auto recurrido.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado 09-12-20 por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 183-188. 25-06-84: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- L.S 202-001. 22-03-88: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
- L-S 269-234. 09-12-96: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

b-CSJN

- Llerena 17-05-05
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5841071&cache=1695615807336>

c-CIDH

- Herrera Ulloa v. Costa Rica. 22-11-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

d-TEDH

- Hauschildt v. Dinamarca

Doctrina citada

ineamientos Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Hauschildt vs. Dinamarca

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Palermo

(A.H.)

Fallo

CUIJ: 13-05512885-9/1((018601-32079)) INCIDENTE DE RECUSACIÓN CONTRA LA DRA. MARINA MARTIN VIDELA (32079) (32079/17/20) P/ QUEJA *105694004*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05512885-9/1 caratulada "INCIDENTE DE RECUSACIÓN CONTRA LA DRA. MARINA MARTÍN VIDELA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados formula recurso de casación contra el auto pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial que hizo lugar a la recusación de la jueza Marina Martín Videla planteada por las querellantes particulares constituidas en autos.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada fue pronunciada en fecha 9 de diciembre de 2020, oportunidad en la cual el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial acogió el pedido de recusación de la Dra. Martín formulado por las querellantes particulares Kosaka Kumiko y Asunción Martínez, y ordenó el sorteo de un nuevo juez que ocupara su cargo de modo efectivo.

2.- Recurso de casación

La impugnación se funda en el art. 474 inc. 2 del CPP, en tanto la Fiscalía atribuye vicios procedimentales a la decisión.

El vicio consistiría en no haber valorado las pruebas de acuerdo a la sana crítica racional y, por ello, haber aplicado erróneamente la causal de recusación prevista en el art. 72 inc. 11 del CPP.

El recurrente explica que la decisión incluye una inferencia que no es fruto de una derivación razonada de la prueba, pues se consideró que de la calidad de conjueza de la magistrada recusada se coligió un temor de imparcialidad y dependencia.

El recurrente, en primer lugar, objeta que haya derivado un interés de la magistrada en responder a intereses gubernamentales, del ascenso, la mayor remuneración y los beneficios implicados en la superación de la instancia «política» del concurso del que depende su nombramiento definitivo. En este sentido, afirma que la designación de la conjueza no depende de una fracción política o gubernamental; que el salario de la conjueza no se modificaría y que cuenta con un plazo considerable para su interinato.

En segundo orden, cuestiona que de la inestabilidad del cargo se haya derivado una situación de debilidad o vulnerabilidad institucional, pues no hay un correlato probatorio que sustente ese temor.

En tercer lugar, critica que se haya afirmado que la jueza carece de la garantía de inamovilidad en el cargo pues, si bien es cierto que no goza de estabilidad constitucional, sí goza de estabilidad en sus funciones conforme al art. 5 de la ley 7.294.

En cuarto orden, afirma que el interés social en la causa no es otro que el que la comunidad tiene en el esclarecimiento de todo delito de acción pública, y no uno que genere especial beneplácito gubernamental.

También cuestiona que se haya atribuido a la magistrada recusada la necesidad de contar con el favor del Gobierno, pues su designación efectiva –afirma– no depende sólo del Gobernador sino, previamente, del Consejo de la Magistratura.

En otro orden, sostiene que el profesional que representa a las querellantes particulares ha tomado intervención en otros procesos en que intervino la misma conjueza, sin recusarla. Un séptimo agravio se vincula a la afirmación contenida en la resolución impugnada, según la cual el objetivo de la ley 7.294 es asegurar la independencia de los conjueces: el recurrente sostiene que ese propósito legislativo no fue derivado de exposición de motivos alguna.

Luego descarta que el Gobierno o la ex senadora Daniela García tuvieran interés en el resultado del proceso, pues –contrariamente a lo referido en la resolución– la legisladora en cuestión realizó la denuncia del hecho en cumplimiento de sus deberes como funcionaria pública que tomó conocimiento de un posible hecho delictivo.

Por último, el recurrente niega que existan circunstancias objetivas para sostener una sospecha o temor de parcialidad por parte de la conjueza.

Cita, para sostener esta afirmación, el considerando 13 del caso «Llerena» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y los lineamientos dispuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en «Hauschildt vs. Dinamarca».

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, al momento de dictaminar, mantiene el recurso planteado por la Fiscalía y se remite a sus argumentos (fs. 41).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde hacer lugar a la impugnación planteada y, en consecuencia, debe anularse la resolución del Tribunal Penal Colegiado.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por la recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el *thema decidendum* y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del C.P.P. Así, entiendo que el tópico del presente recurso se circunscribe a la arbitrariedad de la fundamentación de la decisión impugnada.

La decisión impugnada deslindó la materia objeto de su control y aclaró que no se encontraba sometida a cuestión la constitucionalidad de las leyes sobre subrogancias o las acordadas dictadas en consecuencia, sino la legitimidad o no del motivo de parcialidad alegado en el caso concreto.

Seguidamente, explicó la noción de imparcialidad objetiva, vinculada a un escrutinio de «razonabilidad» o «justificación objetiva» del temor de parcialidad, y repasó precedentes relevantes de la CorteIDH y el TEDH sobre el punto –«**Herrera Ulloa v. Costa Rica**» y «**Hauschildt v. Dinamarca**».

Luego identificó, como presupuestos teóricos para su análisis, cuatro puntos: i) la íntima relación entre garantías de independencia e imparcialidad; ii) el fuerte anclaje constitucional de las garantías de independencia e imparcialidad, que les conceden vigencia en la práctica mediante la recusación; iii) la necesidad de analizar si el juzgador en el caso concreto tiene libertad de decisión; y, iv) la falta de necesidad de acreditar, en los casos de causales de recusación objetivas, que efectivamente la libertad está afectada, bastando con que la sospecha sea razonable o esté objetivamente fundada.

Tras establecer de ese modo las bases jurídicas de la cuestión sometida a su decisión, la jueza evaluó las circunstancias del caso y tomó en cuenta que: i) la conjueza recusada se encuentra en un proceso de ascenso en la carrera judicial que representaría visibles beneficios económicos y personales; ii) que el acceso definitivo a ese cargo depende de los demás poderes del Estado provincial; iii) que en muchos casos las decisiones que emanan de la función jurisdiccional confrontan con los intereses de los segmentos políticos, pues son potencialmente contramayoritarias, lo que coloca al conjuez en una posición de debilidad institucional; iv) que la designación definitiva en el cargo de jueza de la magistrada recusada depende del beneplácito de los segmentos gubernamentales del Estado, por lo que queda más proclive a actuar «conforme a» o no contradecir los «intereses de la sociedad», que son aquellos a los que responden los estamentos de gobierno y que no siempre son los que los hechos del caso y su prueba imponen como justos; o, cuanto menos, puede predicarse una sospecha razonable al respecto; v) que según la ley 7.294 la Suprema Corte puede integrar vacantes extensas con jueces subrogantes o conjueces; lo primero tiene lugar cuando no queden subrogantes disponibles y se hace a partir de una lista que se conforma con magistrados jubilados en los últimos cinco años a la que pueden sumarse abogados jubilados en los últimos cinco años; vi) que las Acordadas 21.074/08 y 29.370/18 «reconsideraron» la conformación del cuerpo de conjueces subrogantes y exigieron que los candidatos sean postulantes del Consejo Magistratura; y que al emitir tales acordadas, la Suprema Corte rozó las funciones legislativas y contradijo la voluntad del legislador –que no pretendía el nombramiento de jueces interinos con aspiración a un cargo concreto, sino de jubilados que sólo lo quisieran ocupar transitoriamente–; vii) que en el caso se encuentra en crisis la independencia externa e interna de la conjueza; la primera porque su función vinculada al resguardo de garantías exige respeto de la Constitución y la ley, que puede ir en detrimento de los intereses generales relevantes para los poderes políticos; la segunda porque está designada por una acordada que es revocable por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; y, ix) que el caso tiene repercusión pública, pues la sociedad tiene expectativas en

su desenlace y a partir de los medios de comunicación se lee claramente qué resultado se espera como «justicia»; a lo que se suma que el caso involucra intereses políticos pues la senadora Daniela García impulsó la causa y formó parte del cuerpo que debe aprobar el pliego de la conjueza, además de pertenecer al mismo partido que el gobernador, que es quien decide sobre la propuesta del pliego de la conjueza ante el Senado. De todo ello, la resolución concluyó que en el caso existe un sobrado temor de dependencia y parcialidad.

En un tercer orden, la resolución se ocupó de descartar el peso argumentativo de las razones expresadas por la propia conjueza al rechazar su recusación.

En este sentido, afirmó que: i) el artículo 5 de la ley 7.294 –que le da a los conjueces las mismas garantías que a los jueces mientras subroguen– no tiene capacidad de desestabilizar las sospechas señaladas, pues éstas exceden su actuación como conjueza y se vinculan a la posibilidad de ser efectivizada como magistrada; ii) que si bien puede ser cierto que la conjueza no tiene interés personal en el proceso, eso no había sido alegado por la querrela; y, iii) que el caso está subsumido dentro del art. 72 inc. 11 del CPP, por lo que alcanza a «[...] cualquier circunstancia que, por su gravedad, afecte la imparcialidad del juez [...]». De acuerdo con lo que se adelantó, considero que asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la resolución cuestionada tiene una fundamentación aparente. Ello, como se explicará, la torna arbitraria y, en consecuencia, inválida como acto jurisdiccional.

De manera preliminar considero importante destacar que las recusaciones constituyen una herramienta procesal para garantizar la imparcialidad del juzgador, y que su empleo debe ser realizado con prudencia y mesura pues –como considero que ocurre en este caso– la errónea aplicación de las causales de apartamiento de magistrados contenidas en el art. 72 del CPP pone en peligro la vigencia de la garantía de juzgamiento por parte del juez natural de la causa.

Específicamente la resolución cuestionada considera que el hecho presuntamente delictivo que se investiga en autos representa un objetivo político para cierto sector gubernamental y legislativo por dos razones; por un lado, porque la comunidad mendocina esperaría una sentencia condenatoria en el caso **«Próvolo»**; por otro, porque el sector político se orientaría a satisfacer esas demandas sociales y, por ello, también esperaría una sentencia en igual sentido en aquel caso.

El argumento se integra con el razonamiento según el cual, dado que el Gobernador tiene la facultad de proponer o no el pliego de la conjueza recusada ante el Senado, y éste de aprobarlo o no, existiría la sospecha objetiva de que aquéllos podrían emplear esos mecanismos institucionales para presionar a la conjueza y obtener una solución acorde a sus intereses.

Si bien el recurrente afirma que la argumentación se asienta en una errónea valoración probatoria, realizada de modo contrario a la sana crítica racional que ordena nuestro CPP (art. 206), antes que eso, advierto un error en la construcción misma de las premisas objetivas en que se asienta el razonamiento explicitado para trasladar al caso concreto las consideraciones jurídicas contenidas en la primera parte de la resolución.

No hay pruebas en el caso que puedan ser erróneamente valoradas, puesto que las afirmaciones que integran las premisas del razonamiento constituyen especulaciones –o, en el mejor de los casos, consideraciones personales de la jueza de la instancia previa– que carecen de todo sustento fáctico. No hay evidencias de cuál sería el presunto interés social en la solución del caso «Próvolo», de hecho, sería

aventurado y autoritario para la judicatura atribuir a la sociedad mendocina entera una determinada posición respecto de un hecho que se somete a juicio.

Precisamente para juzgar a una o varias personas por su intervención en un hecho que se considera delictivo y determinar la posición de la comunidad frente a él es que se encuentra erigido el sistema judicial. Los jueces, contrariamente a lo que parece implicar la decisión impugnada, no somos una entidad diferente de la comunidad dedicada a juzgarla, sino que somos parte de ella y representamos el modo en que ésta aplica el derecho que sanciona.

Además de esta aclaración, que no es sobreabundante en el caso, algo similar debe decirse en torno a las demás premisas que componen el razonamiento.

No hay evidencia alguna –ni razones para sospechar– respecto de los intereses que guían el accionar de los poderes legislativo y ejecutivo. No hay pruebas –correcta ni incorrectamente valoradas– que permitan derivar sospecha de que el eventual nombramiento de la conjueza dependa de que actúe de determinada manera en esta causa; y antes que ello, no hay pruebas de que el resultado de este proceso pueda vincularse a determinados efectos en el caso «Próvolo», pues –huelga señalarlo– aquí no se ventilan los hechos delictivos que se investigan en aquella causa.

De tal manera, el razonamiento edificado en la resolución no es más que una suma de especulaciones y conjeturas no asentadas en pruebas objetivas.

En este sentido, y vinculado con los vicios de motivación en las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta que la Corte Federal ha señalado que la «sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface sólo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial» (Fallos 311:49, entre otros).

En el mismo sentido ha sostenido que «[d]eben descalificarse las decisiones que se basan en aserciones meramente dogmáticas carentes de respaldo probatorio y sin fundamento en elemento de juicio alguno toda vez que la garantía de defensa en juicio comprende tanto la posibilidad de ofrecer y producir pruebas como la de obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso» (Fallos: 321:89).

Del mismo modo ha expresado que «[e]s arbitraria la sentencia que no cumple con el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, y sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos concretos de la causa» (Fallos 319:722).

En definitiva, por las razones expuestas considero que la resolución cuestionada por el Ministerio Público Fiscal resulta nula debido a que se encuentra sustentada en fundamentos aparentes, lo que la desvirtúa como acto jurisdiccional válido.

Por tales razones, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular el auto recurrido y remitir las actuaciones al Tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la emisión de un nuevo pronunciamiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso formulado en autos por la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados, y en consecuencia anular el auto recurrido (conf. art. 474 del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las actuaciones al Tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la emisión de un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 27 de agosto de 2021.

2- CORDOBA. 16-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AFC	-	-	-	A	-	CR	-	-	SJP	N	30

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcCAV.pdf

Lex: Arts. 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Convención Belem do Pará. Ley 8226. Resoluciones del MPF 148/12 y 717/16. Art. 155 CPP.

Vox: VG. SJP. Desobediencia. Suspensión de juicio a prueba. Dictamen Fiscal negativo. Violencia de género. Motivación.

Summa:

El JPC 1 de la 4° CJ concedió la suspensión del juicio a prueba al encartado por el delito de desobediencia en concurso real (tres hechos) en contexto de violencia de género (art. 239 y 55 del CP) por el plazo de tres años y reglas de conducta, pese al dictamen negativo del Ministerio Público Fiscal.

La **Fiscal** interpone recurso de casación indicando que el *a quo* desconoció los límites de la función jurisdiccional al otorgar la suspensión de juicio a prueba.

El **Procurador General** mantiene el recurso fiscal interpuesto.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Auto de concesión de suspensión de juicio a prueba, pronunciada por el JPC N° 1 - 4° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Navarrete Herrera. 20-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210120_FcNCA.pdf
- Cargnelutti Martin. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcCMM.pdf
- Crescitelli Fliger.
- Barré Crespo.
- Bustos Baldor.
- Moreno Frías. 01-12-17: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- Ramón Mayorga.
- González Farías. 05-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180605_FcGFJ.pdf
- Entre Ríos Oliva.
- Rodríguez Rosales.
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcTS.pdf
- Romero Díaz. 15-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190815_FcRomero.pdf
- Moreno Frías. 01-12-17: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- Rivero Oro. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcROM.pdf
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Estrella.
- Luna Amaya.
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

Parágrafo destacado

“...estimo que la crítica del a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada. Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión petitionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP...”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia)

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05120764-9/1((048501-1144)) RECURSO DE CASACION EN AUTOS N° P-700350/18 FC/ C. A. V. M. P/ DESOBEDIENCIA (1144) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105288747*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05120764-9/1 caratulada "F. c/ C A. V M. P/ DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La Fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal Valle de Uco interpone recurso de casación a fs. 1/9 contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción de Mendoza que concedió la suspensión del juicio a prueba a V EM. C A. por el delito de desobediencia en concurso real (tres hechos) en contexto de violencia de género (art. 239 y 55 del CP) por el plazo de tres años y reglas de conducta en los autos P-700350/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 concedió la suspensión del juicio a prueba por el plazo de tres años en favor del imputado V M. C A.. Si bien tuvo en cuenta la negativa fiscal durante la audiencia, consideró que en ciertos casos el tribunal puede apartarse de dicho requisito. Así, sopesó que en el caso de autos se habían resguardado debidamente los derechos de la víctima pero que no había ocurrido respecto de los derechos del imputado.

En primer lugar, aseveró que el avoque se encontraba infundado pues había sido dictado sin contar con el informe del EPI, que tampoco había sido incorporado al momento de la imputación del acusado. Agregó que no todo hecho de violencia dentro de la pareja debe ser encuadrado en contexto de violencia de género.

En segundo lugar, afirmó que durante la audiencia de acusación formal el Ministerio Público Fiscal sólo contó con el informe del EPI para fundar su denegatoria encuadrándola en un contexto de violencia de género, lo que entendió insuficiente. Argumentó que, al no haberse presentado la víctima con su documento de identidad ante el EPI, se encontraba justificado no tener acreditada su identidad como solicitaba la defensa y no tomar en consideración lo expuesto en el informe.

En tercer lugar, hizo hincapié en que la víctima no se opuso a la concesión del beneficio procesal solicitado por entender que podía poner el riesgo el futuro laboral del acusado y la provisión de alimentos para el hijo que tienen en común.

En consecuencia, se apartó del planteo fiscal e hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa por el plazo de tres años con las siguientes reglas de conducta: mantenimiento de la prohibición de acercamiento respecto a la víctima de autos, no cometer nuevos delitos y tratamiento psicológico (ver audiencia realizada el día 6 de diciembre de 2019).

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación de conformidad con lo establecido por los arts. 474, 475 y 476, inc. 4, del CPP.

Asevera que la resolución de instancia anterior desconoció los límites de la función jurisdiccional al otorgar la suspensión del juicio a prueba sin la conformidad fiscal requerida por las normas procesales e interpretando precedentes de esta Suprema Corte de forma parcializada y arbitraria.

Afirma que, si bien el avoque fiscal de fs. 13 no mencionó que la prohibición de acercamiento otorgada por el Juzgado de Paz de San Carlos hubiera sido dictada en un contexto de violencia de género, ello surge de las copias certificadas incorporadas en el expediente que se dictó en infracción de la ley 6.672 de violencia intrafamiliar. Que a ello se debe agregar la exposición de la víctima a fs. 8 del expediente, de la que surge claramente cuál era el vínculo entre autor y víctima, como también las conductas de hostigamientos y control y la violencia económica suscitada. También hace hincapié en que el acusado es funcionario policial, por lo que su profesión le permite conocer el alcance de la medida que incumplió. Así, entiende que se encuentra acreditado el contexto de violencia de género en el que se encuadró la imputación fiscal y que fue tenido en cuenta al momento de denegar el consentimiento acusatorio para el beneficio solicitado.

En relación al respeto por la voluntad de la víctima, quien expresó durante la audiencia que aceptaba el otorgamiento del instituto de suspensión del juicio a prueba solicitado por su ex pareja, la agente fiscal destaca que de las expresiones de la víctima surgió de forma clara su temor a perjudicar económicamente al acusado con quien aun no ha homologado el convenio de alimentos respecto al hijo de ambos y expresó que ello podría afectar su cumplimiento. Así como también que los hostigamientos recibidos no se suscitaron una única vez, aun cuando no los denunció. En este sentido, la representante de la acusación estatal considera que se evidenciaron presiones externas en la voluntad de la víctima por lo entendía que existían razones para no conceder el beneficio procesal solicitado.

Respecto al dictamen fiscal manifestado durante la audiencia, resalta las razones de su oposición con apoyo en los parámetros jurídicos tanto internacionales como nacionales en la materia. A lo que agrega las propias resoluciones de la Procuración General que han establecido los criterios de política criminal a aplicar ante la solicitud de criterios de oportunidad, como son las resoluciones N°148/12 y 717/16.

También hace referencia a que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Suprema Corte, se requiere la conformidad fiscal para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba y que su oposición resulta vinculante y cita precedentes «Navarrete Herrera», «Cargnelutti Martin», «Crescitelli Fliguer» y «Barré Crespo».

En consecuencia, solicita se haga lugar al recurso casatorio, se dicte la nulidad de la resolución de instancia anterior.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso fiscal interpuesto y remite a los argumentos allí expuestos a fs. 18.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado (así, **«Bustos Baldor»**, **«Moreno Frías»**, **«Ramón Mayorga»**, **«González Farías»**, **«Entre Ríos Oliva»**, **«Rodríguez Rosales»**, **«Torcetta Sanjurjo»**, entre muchos otros).

En este sentido, el criterio que el recurso deriva de los casos **«Cargnelutti»** y **«Crecitelli Fliguer»** surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial. En el caso **«Romero Díaz»** he abordado este error –advertido en otro recurso del MPF– y he explicado las razones que fundamentan mi posición, precedente al que remito en honor a la brevedad.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación.

En efecto, el razonamiento efectuado por el a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal. En primer lugar, por entender que la calificación de que el hecho se encontraba enmarcado en un contexto de violencia de género no había sido suficientemente probado por el órgano fiscal.

En segundo, por desacreditar una de las pruebas centrales de la acusación como es el informe del EPI por no haber presentado la víctima su DNI durante la entrevista. Y tercero, por la opinión favorable de la víctima de autos para la concesión del instituto procesal solicitado. En consecuencia, concedió la suspensión del juicio a prueba por el plazo de tres años al acusado.

Sin embargo, de la atenta escucha de la audiencia se advierte que la calificación por la que se otorgó el beneficio procesal citado se mantuvo como desobediencia en concurso real (tres hechos) en contexto de violencia de género (arts. 238 y 55 del CP y la ley 26.485).

Asimismo, el representante de la acusación estatal en la audiencia manifestó suficientemente los motivos para considerar que el hecho debía ser enmarcado dentro de contexto de violencia de género y que procedía la amplitud probatoria en estos casos en cumplimiento de los estándares normativos internacionales y nacionales (Convención Belem do Pará, la ley nacional 26485 y la ley provincial 8226 que le adhirió).

A ello añadió que la Convención Belem do Pará constituía un óbice que vedaba la facultad al Ministerio Público Fiscal para prestar su consentimiento para la procedencia de criterios de oportunidad en hechos

que se encontraran enmarcados en un contexto de violencia de género como el expresado en las presentes actuaciones.

Todo lo cual ha sido mayormente desarrollado en el recurso fiscal interpuesto con posterioridad. Importante resulta el análisis expuesto por la agente fiscal en su recurso de casación acerca de las razones por las cuales entiende que corresponde denegar el consentimiento fiscal aun cuando la víctima ha consentido el mismo.

Del relato de la ex pareja del acusado destaca los sucesivos hechos de violencia contra ella, alguno de los cuales no fueron denunciados, y las razones de necesidad económica que puede constituir una forma de violencia de género específica.

Respecto a esto último hizo hincapié en que aún no se encontraba homologado el convenio de alimentos entre ambos en relación al hijo y que ello podía generar un temor en la víctima en el futuro cumplimiento de las obligaciones del convenio que explicaba su conformidad.

A ello agrega las propias directivas impartidas por el Procurador General que delinear la política criminal dentro del Ministerio Público Fiscal en la actuación penal. Así, hizo referencia a las Resoluciones N° 148/12 y 717/16 que resultaban pertinentes al supuesto de autos y que en coherencia con ella correspondía que el agente fiscal denegara su consentimiento.

En consecuencia, estimo que la crítica del a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada. Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

Por estas razones, y de conformidad con los precedentes dictados en materia de suspensión de juicio a prueba por esta Sala Segunda –aun en las diversas posturas de los ministros que la integramos en relación con los requisitos para considerar vinculante el dictamen fiscal (ver al respecto «Moreno Frías», «Romero Díaz», entre otros)– y especialmente respecto a las obligaciones internacionales en materia de violencia de género («Rivero Oro»), corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la representante fiscal.

Voto Dr. Valerio. Adhiere por su voto.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción, de fecha 6 de diciembre de 2019, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de V M. C A., y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1/9 por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de septiembre de 2021.-

3- FREDES. 21-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	-2°

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210921_FcFredes.pdf

Lex: Art. 277 inc. 1°, apartado c del CP.

Vox: Encubrimiento. Motivación de la sentencia. Valoración de testimoniales. Errores materiales en la sentencia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo y pago de costas, por el delito de encubrimiento, revocó la pena de prisión de ejecución condicional impuesta anteriormente por el mismo juzgado y unificó ambas en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y pago de costas.

La **defensa** interpuso recurso y sostuvo que la sentencia adolece de vicios procedimentales por cuanto no habría valorado correctamente las circunstancias de hecho y derecho conforme la prueba recabada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1346, pronunciada por el JPC N° 1 - 4°.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ponce Cardani. 02-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180802_FcPCR.pdf
- Vargas Cabrera. 15-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210915_FcVargas.pdf
- 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177

Parágrafos destacados

“...En efecto, tal como señala la defensa y afirma el Procurador General, se advierten errores materiales en algunos pasajes de la sentencia en los que se refiere que el robo de la motocicleta habría tenido lugar el día anterior al hecho que permitió la identificación de Fredes y el secuestro de la moto. Sin embargo, esto no supone un vicio de la sentencia por cuanto el hecho que fue tenido por acreditado ha sido expresado correctamente –del modo citado en el apartado 1) de este voto– y porque, además, la fecha del robo es irrelevante a los efectos del delito de encubrimiento que se atribuyó a Fredes. En efecto, para la consumación del delito de encubrimiento por receptación dolosa es indiferente la fecha de comisión del delito precedente. La defensa, en su impugnación, no ha cuestionado ni la existencia del previo robo del rodado, ni el conocimiento por parte de Fredes de su origen delictivo, puesto que se ha limitado a sostener una teoría del caso diversa. En tales condiciones, la crítica respecto de la fecha del hecho previo

es insuficiente para invalidar la sentencia como acto jurisdiccional, de modo que –aun corroborada la existencia del error material que advierte la defensa– el agravio debe ser desestimado...”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia)

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05763012-9/1((048501-78035)) FC/ FREDES MARIANO DANIEL P /ENCUBRIMIENTO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105940689*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05763012-9/1 caratulada "F. c/ FREDES, MARIANO DANIEL P/ ENCUBRIMIENTO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Mariano Daniel Fredes formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.346 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión efectiva y al pago de costas por el delito de encubrimiento (art. 277, inc. 1, apartado c, CP), revocó la pena de prisión condicional impuesta por el mismo juzgado mediante la sentencia N° 988, y unificó ambas penas en la pena única de tres años de prisión efectiva y pago de costas, en estos autos N° P-78.035/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia antes reseñada tuvo por acreditado que «[...] el 21 de octubre de 2020, en horario no determinado, el acusado recibió la motocicleta Motomel modelo C 110, negra con cuadritos rojos en ambos laterales y en el frente, dominio A060GYS, llantas rojas, con faltante del espejo izquierdo, la que fuera sustraída en horario no determinado, pero entre las 23.30 hs. del 20 de mayo de 2020 y las 2.30 hs. del 21 de mayo siguiente, del domicilio sito en calle Saavedra y Huarpes de la Consulta, San Carlos, Mendoza, vehículo de propiedad de Franco Darío Ordóñez [...]».

Para llegar a esa conclusión, valoró principalmente los testimonios de Omar Guajardo, Humberto David Arias Cerda, Brian Maximiliano Moreno, Gabriela Soledad Martínez Miranda y Leonardo Fredes, y las constancias de los autos P-77.961-20/6.

2.- Recurso de casación

La defensa formula recurso de casación con fundamento en el art. 474 inc. 2 del CPP. Ello, al considerar que la sentencia condenatoria adolece de vicios procedimentales por cuanto no se habría valorado correctamente las circunstancias de hecho y derecho conforme a la prueba colectada. De tal manera, solicita la absolución del acusado.

Concretamente, cuestiona que se hayan valorado las declaraciones que la testigo Martínez hizo durante la investigación, sin considerar que en el debate ella expresó no haber hablado con el acusado, salvo en punto a que le pidió que subiera a la motocicleta. Además, el vehículo en cuestión habría sido sustraído en mayo de 2020 y no horas antes de ese hecho, que tuvo lugar en octubre de 2020. Agrega que las declaraciones de Martínez condujeron a que Fredes fuera absuelto de los demás delitos que se le acusaban, lo que demuestra que la valoración de esa prueba fue parcial.

En relación con las actuaciones policiales, afirma que si bien acreditan que Fredes conducía la motocicleta sustraída, no son suficientes para demostrar que fue autor del delito de encubrimiento, máxime si se analiza esa prueba en contexto con las demás. Sostiene que las declaraciones de Gabriela Martínez, Celia Fredes, Leonardo Fredes y Brian Moreno aluden a que el acusado tomó sin permiso la moto dejada en horas de la mañana por un albañil empleado por su hermano que se fue a trabajar a Vista Flores, conducta que no constituye el delito de encubrimiento por receptación.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiere, el Procurador General considera que el mismo es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

En primer lugar, porque el planteo pretende una nueva consideración de las alegaciones que ya fueron planteadas en el debate, más esa disconformidad no demuestra vicios en la fundamentación de la sentencia. En segundo orden, afirma que es evidente que al momento de declarar en el debate Gabriela Soledad Martínez Miranda quiso beneficiar al acusado que fue su ex pareja, por lo que no dijo aquello que había relatado en su declaración testimonial ante la Fiscalía. Oportunidad en que expresó claramente que Fredes le había dicho que la moto se la había traído la noche anterior de Vista Flores, que subiera a la moto y se fueran, lo que ella no quiso. En esa ocasión, preguntada por los motivos de su decisión, dijo que el hecho de que Fredes estuviera nervioso por la presencia de policías en la esquina le hizo pensar que la moto era robada.

Agrega que, dado que los agentes de policía actuaron rápidamente, cuando Fredes se fue de la casa de Martínez descubrieron que pesaba una orden de secuestro sobre la moto, iniciaron una persecución y lograron secuestrar el rodado. Esto es lo que el juez de sentencia tomó en cuenta, pues señaló que el 21/10/2020 el acusado recibió la moto de origen ilícito cuya fecha de sustracción ubicó temporalmente entre el 20 y el 21 de mayo de 2020. Afirma el Procurador General que es posible advertir un error material en la sentencia, que en un fragmento sitúa el hecho del encubrimiento en fecha 21/05/2020, cuando debió decir 21/10/2020. No obstante, el error no cambia el hecho de que la moto era robada y que el imputado la recibió con conocimiento de su origen ilícito.

Por último, el juez desestimó la versión defensiva según la cual la moto habría sido tomada de un albañil, puesto que la defensa no pudo identificar a tal persona a pesar de que trabajaría para el hermano del acusado. Es decir, se trata de una coartada sin apoyo en prueba objetiva.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, se adelanta que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Mariano Daniel Fredes. Veamos.

La defensa presenta su impugnación en función de tres cuestionamientos sobre la valoración de la prueba que realizó el juez de sentencia. Afirma, por un lado, que se meritaban las declaraciones que Gabriela Soledad Martínez Miranda prestó durante la investigación, en lugar de valorarse la declaración que esa testigo prestó durante el debate que no permitía acreditar el encubrimiento que se atribuye a Mariano Daniel Fredes. Por otro lado, afirma que el rodado fue sustraído en mayo de 2020 y no –como afirma el juez– horas antes de la aprehensión de Fredes, que ocurrió en octubre de ese año. Por último, cuestiona que se haya descartado la teoría del caso de la defensa, según la cual al momento en que fue aprehendido Fredes tenía la moto que había sido robada porque la había tomado de un albañil que trabajaba para su hermano. Como se verá, ninguno de estos argumentos resulta susceptible de conmover los fundamentos de la sentencia condenatoria.

En relación con el testimonio de Gabriela Soledad Martínez Miranda, la sentencia impugnada destacó que en el debate la testigo declaró que había mantenido una relación de pareja con el acusado y que el día del hecho éste llegó en una moto que ella no conocía que tuviera y le pidió que se subiera. Ella, como vio que había tomado bebidas alcohólicas, se negó a acompañarlo. Posteriormente llegó la policía y le dijo que hiciera la denuncia. En el debate, el representante del Ministerio Público Fiscal le indicó una contradicción con su propia declaración prestada durante la investigación, oportunidad en que había afirmado que la moto en cuestión era robada. La testigo explicó que ella sólo había supuesto que era robada, pero que Fredes no le había dicho que lo fuera.

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por la defensa en su impugnación, el juez meritó correctamente este testimonio. Frente a la contradicción en que incurrió la testigo, el Ministerio Público Fiscal solicitó la lectura de la parte pertinente de la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, y a partir de ello valoró los dichos de la testigo, con la inclusión de su respuesta a la contradicción señalada. En este sentido, la sentencia afirma que «[...] Martínez Miranda le expresó al personal policial que Mariano Fredes le dijo que “le guarde una moto la cual había sustraído” [...]» y concluyó que «[...] [s]i bien la testigo Martínez Miranda incurrió en contradicciones, sólo por Fredes pudo saber del origen ilícito del rodado». En otras palabras, en tanto la referencia a la declaración prestada durante la investigación fue realizada a instancia de la acusación pública –dentro del marco de las previsiones del art. 400 inc. 2 del CPP, ya que se marcó una contradicción en el contenido del testimonio de Martínez Miranda–, la valoración de esta prueba se ajustó a las reglas procesales pertinentes (arts. 400 inc. 2 y 206 del CPP, conf. «Ponce Cardani», «Vargas Cabrera»).

En segundo término, la circunstancia que la defensa destaca referida a la fecha de la sustracción del automóvil no puede ser acogida como un agravio susceptible de conmover la fundamentación de la sentencia condenatoria, por cuanto carece de decisividad en relación con el delito de encubrimiento que se acusa a Mariano Daniel Fredes. En efecto, tal como señala la defensa y afirma el Procurador General, se advierten errores materiales en algunos pasajes de la sentencia en los que se refiere que el robo de la motocicleta habría tenido lugar el día anterior al hecho que permitió la identificación de Fredes y el secuestro de la moto. Sin embargo, esto no supone un vicio de la sentencia por cuanto el hecho que fue tenido por acreditado ha sido expresado correctamente –del modo citado en el apartado 1) de este voto– y porque, además, la fecha del robo es irrelevante a los efectos del delito de encubrimiento que se atribuyó a Fredes. En efecto, para la consumación del delito de encubrimiento por receptación dolosa es indiferente la fecha de comisión del delito precedente. La defensa, en su impugnación, no ha cuestionado ni la existencia del previo robo del rodado, ni el conocimiento por parte de Fredes de su origen delictivo,

puesto que se ha limitado a sostener una teoría del caso diversa. En tales condiciones, la crítica respecto de la fecha del hecho previo es insuficiente para invalidar la sentencia como acto jurisdiccional, de modo que –aun corroborada la existencia del error material que advierte la defensa– el agravio debe ser desestimado.

Por último, la defensa afirma que se descartó infundadamente la teoría del caso de la defensa, que explicaba el hecho no como un encubrimiento, sino como un hecho diferente según el cual Fredes habría «tomado» la moto que un albañil no identificado que trabajaba para su hermano y que dejó a su alcance. A mi criterio, los argumentos de la defensa no permiten desvincular a Fredes del encubrimiento. Esto por cuanto asiste razón al juez de la instancia previa en tanto señaló que descreyó de los testimonios que sostenían aquella versión por cuanto ninguno de los testigos –todos ellos allegados al acusado– pudo aportar datos de ese albañil, a excepción de su apodo –«Pichi»–. Esto aun cuando el nombrado sería empleado del hermano de Fredes. Tal falta de precisiones fue considerada como un indicador de la inverosimilitud de la teoría del caso por parte del juez, que la desestimó como explicación alternativa a la acusatoria.

En definitiva, del control de la sentencia impugnada surge que su motivación es suficiente a los efectos de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que para conllevar tal extrema solución, aquéllas deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en autos no ocurre (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177).

Por las razones expuestas, y en posición concordante con el señor Procurador General, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado en autos.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mariano Daniel Fredes (art. 474 inc. 2 del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de septiembre de 2021.-

4- DI MARCO. 26-10-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211026_FcDMO.pdf

Lex: Art. 261, 266 y 55 del CP.

Vox: Malversación de caudales públicos por peculado de servicios. Concusión. Prescripción de la acción penal. Funcionario público. Nulidad. Principio de congruencia.

Summa:

El **TPC** rechazó el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción penal solicitado en favor del imputado por no haber transcurrido el tiempo requerido para que ocurra.

La **defensa** interpone recurso y cuestionó que el a quo denegó el sobreseimiento por prescripción del delito previsto en el art. 266 C.P., no obstante haber transcurrido el máximo de la pena fijada en el ordenamiento jurídico.

También refiere que el juzgador introdujo sorpresivamente el agravamiento previsto por el art. 268 Cód. Penal al delito del art. 266 del mismo cuerpo legal, agravamiento que no aparece en el auto de elevación a juicio, y del que, en consecuencia, el acusado no pudo defenderse y además que el Ministerio Público fue quien apoyó la solicitud de que se declarara prescripto ese delito.

Alega que se ha violentado el derecho de defensa, que se ha realizado una interpretación extensiva de la ley penal, así como el principio de congruencia y por último se menciona que tilda de arbitraria la decisión, dado que cambió la calificación penal en forma sorpresiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser acogido, dado que del requerimiento de citación a juicio no surge el art. 268 CP, ya que en ningún caso el acusado pudo convertir en provecho propio, la exigencia de un porcentaje del subsidio que iban a cobrar los beneficiarios y resalta que se debe declarar la nulidad parcial del auto impugnado

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto N° 503, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Lorente.

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-05513957-6() FC/ DI MARCO OLLOGUI MARCELO P/ MALV. DE CAUD. PUB. NEGOCIACIONES INC. C/ EJERCICIO DE FUN. PUB. Y CONCUSION EN C. REAL EN CUATRO HECHOS P/ MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS CULPOSA (100416/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105695279*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05513957-6 caratulada “F. C/ DI MARCO OLLOQUI, MARCELO FABIÁN P/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS – NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNC. PUB. Y CONCUSIÓN EN CONCURSO REAL EN CUATRO HECHOS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El defensor de Marcelo Fabián Di Marco Olloqui interpone recurso de casación contra el auto N° 503 en tanto rechaza la solicitud de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, de los delitos de malversación de caudales públicos por peculado de servicios y concusión en concurso real en cuatro hechos independientes (arts. 261, 266 y 55 C.P), que se le atribuyen al nombrado.

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución deniega la prescripción de los delitos contemplados por los arts. 261 y 266 en función del art. 268 del Cód. Penal, que tienen una penalidad máxima de diez años y seis años de prisión, respectivamente, por no haber transcurrido el tiempo requerido para que ocurra.

Considera el juzgador como término inicial de dicho cómputo, el 27 de octubre de 2016.

El encartado trabajaba en la Municipalidad de San Rafael y se le instruyó sumario administrativo, porque les habría solicitado un porcentaje del dinero que tenían a cobrar, a cuatro beneficiarios de las indemnizaciones previstas en la Ley 7496.

2.- Recurso de casación

Se queja el recurrente por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP.

Respecto del primero, porque el a quo denegó el sobreseimiento por prescripción del delito previsto en el art. 266 C.P., no obstante que ha transcurrido el máximo de la pena fijada en el ordenamiento jurídico. Refiere que el juzgador introdujo sorpresivamente el agravamiento previsto por el art. 268 Cód. Penal al

delito del art. 266 del mismo cuerpo legal, agravamiento que no aparece en el auto de elevación a juicio, y del que, en consecuencia, el acusado no pudo defenderse.

Resalta que incluso el Ministerio Público aconsejó que se declarara prescripto ese delito.

Alega que la actitud del a quo violenta el derecho de defensa, ya que ha realizado una interpretación extensiva de la ley penal, así como el principio de congruencia.

Tilda de arbitraria la decisión, dado que cambió la calificación penal en forma sorpresiva.

Cita doctrina. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General dictamina que el recurso debe ser acogido, dado que del requerimiento de citación a juicio no surge el art. 268 CP, ya que en ningún caso el acusado pudo convertir en provecho propio, la exigencia de un porcentaje del subsidio que iban a cobrar los beneficiarios.

Resalta que se debe declarar la nulidad parcial del auto impugnado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido, en cuanto asiste razón a la defensa en relación con su planteo vinculado a la extinción de la acción penal por el delito previsto en el art. 266 CP.

En primer lugar, corresponde consignar que no se ha controvertido, que el 7 de enero de 2015, al acusado se le aplicó la sanción de cesantía, como consecuencia de la instrucción de un sumario administrativo, para investigar los hechos denunciados y determinar su responsabilidad. Este instrumento, agregado en copia a fs. 373, se encuentra suscripto por el Intendente Municipal de la Municipalidad de San Rafael y el Secretario de Gobierno.

Cabe recordar que el acusado era Instructor Sumariante de dicha municipalidad.

En segundo término, existe conformidad entre las partes, en que el término inicial para el cómputo de la prescripción, es el 27 de octubre de 2016, fecha de la que data el auto de citación a juicio, que obra a fs. 187 de los autos que tengo a la vista.

Desde ese momento, hasta la resolución impugnada –9 de diciembre de 2020–, habían transcurrido los cuatro años fijados por el artículo 266 del Código Penal.

De esto emerge que le asiste razón al impugnante en su planteo, toda vez que su asistido no fue acusado por el delito del art. 268 del mismo cuerpo legal, tal como erróneamente afirma el a quo.

Así, éste interpreta, en contra de lo dictaminado por la fiscal en la audiencia en la que se trató el tema, que el requerimiento de elevación a juicio de fs. 137/141, del 13 de junio de 2016, subsume los hechos en el art. 266, pero en función del art. 268 Código Penal.

En efecto, refiriéndose a la pieza procesal prementada el juzgador en el auto impugnado expone que «[...]si bien no hace mención expresamente al art. 268, del contenido surge que se trata de este último, en virtud de lo expresado en uno de los párrafos del requerimiento de elevación a juicio... Por tanto, los

artículos en juego son el 268 en función del 266 del C.P., vigente al momento del hecho» (auto, fs. 381), lo que no se compadece con los hechos que se le atribuyen a Di Marco Olloqui ni con su calificación legal.

Ello porque el artículo 268 CP no ha sido mencionado en la parte decisiva de dichos actos. Por el contrario, sí lo han sido los artículos 266, 261 y 55 del código sustantivo, imponiéndose en esta materia, una interpretación estricta, tal como ha efectuado la representante del Ministerio Fiscal, quien en la audiencia multipropósito efectuada, dictaminó a favor de la prescripción de la acción del delito en cuestión.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada en los términos del primer párrafo de esta solución.

ASÍ VOTO.

Voto Dres. Adaro y Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto en autos, de acuerdo a lo señalado en la primera cuestión tratada, y en consecuencia anular el resolutive del auto N° 503, sólo con relación al delito legislado por el art. 266 C.P., quedando vigente exclusivamente respecto del delito de malversación de caudales públicos –art. 261 C.P.–, por no haber transcurrido el término de diez años previsto por la ley a tales efectos, reenviando a origen para que emita un nuevo pronunciamiento.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 395/407 por la defensa de Marcelo Fabián Di Marco Olloqui, en los términos de la presente resolución.

2.- Anular la resolución N° 503, sólo con respecto al delito legislado por el art. 266 CP, quedando vigente exclusivamente respecto del delito de malversación de caudales públicos –art. 261 CP–, por no haber transcurrido el término de diez años previsto por la ley a tales efectos.

3.- Imponer las costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a los efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento, conforme a los lineamientos aquí expuestos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

5- ECHAVARRIA.09-11-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211109_FcEJD.pdf

Lex: Art. 239 del CP. Art. 474 inc. 1° del CPP. Ley 26485.

Vox: VG. Desobediencia. Estado de necesidad justificante. Retracción víctima de violencia de género. Ciclo de violencia. Valoración probatoria con perspectiva de género. In dubio pro reo.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un mes de prisión en efectivo**, como autor penalmente responsable del delito de desobediencia (art. 239 del CP), se revoca la condicionalidad de la sentencia N° 168 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de Gral. Alvear y se unifica en la pena única de dos años y mes de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona que la sentencia tiene un vicio in iudicando.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y confirmó la sentencia cuestionada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 247, pronunciada por el JPC N° 2 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vazquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200305_FcBUD.pdf
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf ,
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

c-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=2297>

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “De tal manera, a mi criterio resulta plausible que las manifestaciones de F. G. respaldando las de Echavarría, respondan al fenómeno señalado. Por su parte y en relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género he tenido ocasión de pronunciarme respecto a los medios de convicción, tomando en consideración que el defensor sugiere la aplicación del principio in dubio pro reo. Sobre tal cuestión, en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo, en los supuestos en los que la mujer resulta víctima en razón de su género. Entiendo, que desde un enfoque procesal, el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no obstante su correcta aplicación importa una actividad de ponderación de la prueba que tome en consideración las particularidades propias de los casos de violencia de género, debiendo valorarse para determinar el valor probatorio que corresponde asignar a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Llorente

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-05505272-1/1((028502-56176)) F.C/ ECHAVARRIA -COMPULSA EN AUTOS N° 783382/19 DE 028502 - 2° JUZGADO COLEGIADO - GENERAL ALVEAR (56176/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105684733*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05505272-1, caratulada “FC/ECHAVARRÍA JORGE DARÍO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa técnica de Jorge Darío Echavarría promueve recurso de casación contra la sentencia N° 247, de fecha 6 de noviembre de 2.020, y sus fundamentos vertidos oralmente, mediante la cual se condena al nombrado a la pena de un mes de prisión en efectivo, como autor penalmente responsable del delito de desobediencia (art. 239 del CP), se revoca la condicionalidad de la sentencia N° 168 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de Gral. Alvear y se unifica en la pena única de dos años y mes de prisión de cumplimiento efectivo.

El pronunciamiento fue dispuesto por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de Gral. Alvear, Segunda Circunscripción judicial en autos N° P-56176/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa del acusado, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «... en el depto. de ..., para fecha 25 de agosto de 2020 a eso de las 18.50 hs, Jorge Darío Echavarría violando una prohibición de acercamiento respecto a la ciudadana F. D. G. M., ordenada por este juzgado penal colegiado mediante sentencia 168 dictada en autos 783382/19 y debidamente notificado el 13 de enero de 2.020, se encontraba en el domicilio de esta señora ubicado en Barrio ...». Para así decidir el juez valoró testimoniales de ..., ..., ..., prueba instrumental tal como sentencia de autos 783382/19, copia del cómputo de plazos, encuesta ambiental y muestras fotográficas de la vivienda del Barrio ..., como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II- El recurso de casación

La defensa técnica de Jorge Echavarría promueve recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 1 del CPP, al considerar que la sentencia cuestionada contiene un vicio in iudicando. Refiere que se ha aplicado erróneamente el art. 239 del CP, por cuanto surge de la escucha de los audios de la audiencia de debate que Jorge Darío Echavarría fue condenado por el hecho que se tuvo por acreditado ocurrido en fecha 26 de octubre de 2.018. Cuestiona que el juez descartó las causas de justificación invocadas por esa defensa técnica y no aplicó el in dubio pro reo. Así, refiere que se negó el valor de la

prueba testimonial que daba cuenta de la presencia de una niña enferma y cuestiona que el magistrado no haya tenido por acreditados los elementos de la justificación.

En este sentido el recurrente considera que, de la prueba rendida, surgen las causales de justificación – alegadas tanto por G. como por el acusado–, y que estas no pudieron ser rebatidas por el representante del Ministerio Público Fiscal. Entiende así que la enfermedad invocada se acredita con la declaración de G. y la forma de aprehensión de Echavarría, quien en ese momento ponía un nylon en la casa para que G. y su hija no sufrieran inconvenientes con las lluvias. A criterio del recurrente el estado del clima puede ser probado por los dichos de los policías y la circunstancia de que el acusado arreglaba el techo. Pone de resalto que el acusado es una persona analfabeta y que no se le pueden exigir conductas como las que el juez pretende de aquél, esto es que le haga llegar el dinero por terceras personas o que los adolescentes que estaban en la vivienda arreglasen el techo. Expresa así que la conducta de su asistido se encuentra plenamente justificada por un estado de necesidad, frente a bienes jurídicos de evidente mayor jerarquía que tales circunstancias no han podido ser descartada por el Ministerio Público Fiscal, supuesto en el que debe prevalecer la duda en favor del acusado. Por otra parte, detalla la situación entre el acusado y F. G. relativa a que querían retomar su relación, mas no habían podido ir al Juzgado de Familia para poner ello de conocimiento por la situación de pandemia. En definitiva, señala que el sentenciante aplicó erróneamente la ley sustantiva ya que el suceso acaeció en circunstancias en que por primera vez el acusado estaba en la casa de G., por estricta necesidad. De acuerdo a ello, si bien la conducta encuadra en el tipo penal, se encuentra plenamente justificada por el estado de necesidad justificante. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen de la Procuración General

El Procurador General se expide a fs. 19/20. Luego de detallar los agravios formulados por el recurrente señala que éste pretende una revisión ex novo de lo tratado en el debate y sometido a contradicción, sin que la sola reiteración de la posición defensiva logre romper el cuadro probatorio reunido y evaluado por el juez en la sentencia. Agrega que el acto sentencial se encuentra suficientemente fundado y ha explicado el juzgador los motivos por los que descartó la tesis de la defensa. Por lo expuesto considera que corresponde el rechazo del recurso promovido y la confirmación de la sentencia cuestionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis, anticipo opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados, por lo que debe confirmarse la sentencia que se cuestiona. Ello por considerar, de acuerdo a lo que seguidamente se explicará, que no se verifican los vicios denunciados por el recurrente. Concuero con el Procurador General en cuanto a que los argumentos defensivos son idénticos a aquellos expuestos en el debate por la defensa técnica del acusado. Estos cuestionamientos obtuvieron tratamiento por parte del sentenciante y, en este sentido la sola reiteración de la posición de la defensa no resulta suficiente para conmover el razonamiento expuesto por el juez al momento de fundar la sentencia. Del recurso casatorio surge que el recurrente intenta demostrar la existencia de un vicio en el razonamiento del juez de la instancia anterior por cuanto considera que existió una situación justificante en el obrar de su asistido. No obstante, soslaya el presentante que el juez no estimó probados aquellos extremos en los que se sustentaría la alegada causa de justificación. Veamos.

El hecho por el que fue intimado y condenado Jorge Echavarría Maza, consistió en que fue hallado el 25 de agosto de 2020 sobre el techo de la vivienda donde residía F. G., respecto de quien se le había dispuesto una prohibición de acercamiento.

Esto en el marco de un proceso penal anterior donde Echavarría había resultado condenado mediante sentencia N° 168 de fecha 13 de enero de 2020. En relación al hecho atribuido en la presente causa el juez refirió que «... no está controvertido que sobre el techo se encontraba Echavarría colocando un nylon. Esta circunstancia de que estaba por llover la relata M. (lloviznando) y C. (estaba nublado y por llover). De los testimonios de M. y C. –los que resultaron serios, detallados– se desprende que Echavarría estaba sobre el techo y les dio otro nombre. También que en la casa estaban la Sra. G., una niña de 5 años, una pareja –la hija de G.– y el novio de la hija, Sr. A.» (conforme registro audiovisual de la audiencia de fecha 6/11/20 en que se vertieron los fundamentos orales de la sentencia condenatoria a partir del minuto 7:26) Al respecto alegaron Echavarría y su defensa que la presencia de aquél en el domicilio del Barrio ... donde residía G. obedecía a que la hija de ambos se encontraba cursando una enfermedad y precisaba dinero para adquirir los medicamentos. Además, sostuvieron que al momento de su aprehensión se encontraba sobre el techo de la casa en razón de la colocación de un nylon para que no se lloviera el interior de la vivienda.

Por otro lado, señala la defensa técnica como refuerzo del planteo defensivo de Echavarría la declaración de F. G., conteste con los dichos del acusado en torno a las circunstancias que rodearon la presencia de aquél en su domicilio. Ahora bien, en torno a los motivos por los cuales el acusado infringió la restricción de acercamiento que, respecto de Fernanda González, existía, el juez consideró –a mi criterio acertadamente– que tales extremos no se habían probado en autos.

En este sentido, el juez descreyó de los argumentos defensivos y al respecto señaló que no se encontraba probada la identidad de la niña, su filiación ni menos aún la dolencia que habría padecido. Respecto a las contingencias climáticas detalladas para justificar la conducta atribuida a Echavarría, refirió que los efectivos policiales que hallaron al acusado sobre el techo dieron cuenta de una llovizna o bien de la proximidad de lluvias, mas no de una situación actual que ameritara la colocación de un nylon protegiendo los techos o que tal medida de emergencia no pudiera ser llevada a cabo por otras personas mayores que se encontraban en el domicilio en ese momento, por ejemplo, la hija de G. y su novio (ver al respecto, fundamentos vertidos oralmente a partir del minuto 19:21).

En este sentido no puede dejar de advertir que el motivo de la prohibición de acercamiento que pesaba sobre Jorge Echavarría con relación a F. G., respondió a que se le atribuyó la comisión de los delitos de lesiones y coacción, donde la víctima era la propia F. G.. Me he referido en otras ocasiones y, en términos que resultan a mi entender aplicables al supuesto aquí examinado, sobre la retractación que opera en el discurso de la mujer víctima de violencia de género a raíz del denominado “ciclo de violencia”.

En este sentido he sostenido que «... la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres» (ver al respecto Cruz Caporiccio).

De tal manera, a mi criterio resulta plausible que las manifestaciones de F. G. respaldando las de Echavarría, respondan al fenómeno señalado. Por su parte y en relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género he tenido ocasión de pronunciarme respecto a los medios de convicción, tomando en consideración que el defensor sugiere la aplicación del principio in dubio pro reo. Sobre tal cuestión, en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo, en los supuestos en los que la mujer resulta víctima en razón de su género. Entiendo, que desde un enfoque procesal, el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no obstante su correcta aplicación importa una actividad de ponderación de la prueba que tome en consideración las particularidades propias de los casos de violencia de género, debiendo valorarse para determinar el valor probatorio que corresponde asignar a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Esto, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones sujetas a control para determinar si debe absolverse o condenar. Asimismo señalé que como regla de decisión, el principio referido, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Concretamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Este compromiso implica que el Estado tiene la

obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «Concha, Jesús y ots.»).

Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». Dicho esto, considero que el sentenciante ha llevado a cabo la tarea de ponderación de los elementos de prueba adoptando una mirada integral de la problemática, puesto que como puso de resalto el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de los alegatos (ver registro audiovisual a partir del minuto 01.30) la conducta de Fernanda González se inscribe en el ciclo de violencia.

De esta manera se tomó en consideración las implicancias que el que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retractación de lo denunciado en un primer momento, tal como pasó en el caso traído a estudio. Así, los planteos defensivos no encuentran respaldo en los medios de prueba analizados por el juez, en tanto que advierto que el impugnante al formular los agravios omitió toda consideración de los indicios que señalan el contexto violento de género en el que se encontraba la denunciante. Por todo lo expuesto, entiendo que el agravio formulado en torno a la errónea aplicación de los arts. 239 y 34, inc. 3 y 4 del CP, se asienta sobre una plataforma fáctica distinta a la que el juez tuvo por acreditada con la debida ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa de acuerdo a los principios de la sana crítica racional, descartando así que concurriera los extremos que justificarían el accionar de Echavarría. Estimo necesario, en este punto, señalar que este cuerpo ha dicho en sus diversas integraciones, de forma pacífica y constante que quien invoca un vicio sustantivo, debe respetar los hechos fijados en el acto sentencial, toda vez que no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo (LS 473-163, 464-080, 460-075 entre otros) Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta y por ello rechazar el recurso casatorio promovido y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Conuerdo con la solución asignada al caso traído a examen por mis colegas de Sala y considero pertinente señalar que considero que el juez al resolver asumió una visión integral con relación a los criterios de interpretación referidos en la Ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales).

La norma, expresamente exhorta a los operadores judiciales para que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31) (ver al respecto lo señalado en el precedente

«Calderón Polo»). Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Vega», «Zurita», «Merlo Lassa» y «Ojeda Pérez». En particular, en esta última causa (Ojeda Pérez), sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)).».

Destaqué en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas

delictivas». De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo lo expuesto, en aquella ocasión concluí que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional, en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, resulta precisamente haber establecido aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Asimismo, en el precedente Brancello Urbón señalé que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y art. 7 de la CM–, que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. Por otro lado, en el **precedente «Zurita»** he enfatizado que la perspectiva de género no resulta simplemente un lenguaje, sino –en esencia– una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

Específicamente en ese precedente di cuenta que el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre

las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver **BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989**).

Por su parte, en el **precedente «Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N°29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Esto es, que el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. En definitiva, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios.

Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (como expresé en «**Narváez Videla**»). Estas reflexiones, como señalé, las entiendo plenamente aplicables al caso toda vez que nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género y, los elementos de prueba fueron adecuadamente ponderados por el juez de la instancia anterior. Por las razones precedentemente expuestas, y en opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Echavarría debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Darío Echavarría y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 247 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de Gral. Alvear, de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

6- ROSALES. 14-12-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	AFC	Mul IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211214_FcRAJ.pdf

Lex: Art. 249 del CP. Art. 474 inc. 1° y 2° del CPP. Art. 19 CADH. Art. 3 y 4 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Acordada N° 24.023 SCJM; Art. 3.2 CADN,

Vox: Incumplimiento de deberes de funcionario público. Tipo subjetivo. Delito de omisión. Derechos del niño. Principios generales» de la “Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **multa de doce mil quinientos pesos** e inhabilitación especial por un año para ejercer cargos públicos, como autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona que la sentencia es violatoria de la ley por cuanto padece de falta de motivación, en infracción a lo preceptuado por el art. 411 inc. 2 y 3 del CPP. Esto por cuanto en la sentencia se ha omitido prueba fundamental que acredita la inexistencia del hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación promovido por la defensa de Jorge Adrián Rosales Areco y, en consecuencia, anuló la Sentencia N° 4088 y el debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4.088, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Saldívar. 16-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcSRS.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Luna, Eduardo. 26-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcLEB.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Torres Sánchez. 17-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211117_FcTSL.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf

b-CIDH

- Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. 19-11-99:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Doctrina citada

BUOMPADRE, Jorge; Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2011, T. 10, pág. 375

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “El delito del art. 249 exige dolo directo, el cual se construye a partir del conocimiento de la ilegalidad de la conducta del funcionario, elemento normativo del tipo objetivo con incidencia directa en la culpabilidad. Consecuentemente, si el agente creyó que actuaba conforme a derecho, vale decir, que su conducta era legal, se dará un caso de error de tipo excluyente del dolo [conf. 89, t.I, p. 448 y ss; 68, p. 193] (BUOMPADRE, Jorge; Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2011, T. 10, pág. 375)”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-05117283-8/1((038501-115738)) RECURSO DE CASACION EN P-115738/17 FC/ ROSALES ARECO JORGE P/ IDAF (115738) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105285010*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05117283-8, caratulados "FC/ROSALES ARECO JORGE ADRIÁN...S/CASACIÓN" De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 1/11, la defensa técnica de Jorge Adrián Rosales Areco, formula recurso de casación contra la sentencia N° 4.088, de fecha 18 de diciembre de 2.019 obrante a fs. 60/61 y sus fundamentos, brindados oralmente en audiencia de la fecha señalada, en tanto condena al nombrado a la pena de multa de doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial por un año para ejercer cargos públicos, como autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por sala unipersonal del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en autos N° P 115.738/17. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que «[...] valorada la prueba en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica, tengo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de la sentencia condenatoria, los hechos y circunstancias que sostiene la hipótesis oficial de acusación que fue informada en el inicio de esta sentencia» (fundamentos orales, minuto 15.23 de la audiencia de fecha 18/12/19).

Por su parte la hipótesis acusatoria consistió en que «[...] sin poder precisar con exactitud las circunstancias de tiempo, pero entre los años 2016 y 2017, durante la 00.00 hs. de la noche, en la escuela albergue ..., Jorge Adrián Rosales cumplía funciones de encargado de cuidar los menores que pernoctaban en dicho establecimiento y, no se percató de que en varias ocasiones los menores B. R. y J. Q., tomaron por la fuerza al menor C. S. y lo accedieron carnalmente hechos que se suscitaron en la habitación donde Rosales dormía con los menores albergados y en el baño incumpliendo de esta manera los deberes de cuidado que tenía a su cargo» (acusación audiencia fecha 2/12/19 minuto 40.00).

Para así decidir la jueza de sentencia valoró, principalmente las testimoniales prestadas en audiencia de debate por G.G., W. C., N.A., así como el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

Los defensores técnicos del acusado formulan recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Al respecto, sostienen que la sentencia impugnada es violatoria de la ley por cuando

padece de falta de motivación, en infracción a lo preceptuado por el art. 411 inc. 2 y 3 del CPP. Esto por cuanto en la sentencia se ha omitido prueba fundamental que acredita la inexistencia del hecho.

Así, consideran que se omitió valorar la atribución delictiva que se le realiza a su defendido –comisión de actos de oficio del funcionario público– requiere en su aspecto subjetivo, que el agente conozca que lo que omite es propio de su función, pese a tener la posibilidad de actuar de otro modo, conociendo, además, la ilegalidad de que tal comportamiento no cumplió con el rol asignado. Señala que para autores como Molinario y Obarrio en el art. 249 del CP el comportamiento previsto es la omisión de actos concretos, razón por la cual el hecho es menos grave, en tanto que en el art. 248 del CP la negativa es global en cuanto a su función y por ello es más grave.

Agregan que según señaló el acusado Rosales Areco, aquél no tenía conocimiento exacto y concreto de cómo debía cumplir la función de «maestro de noche» toda vez que no se encontraba a ese momento reglamentada por ninguna ley que lo detallara. Señalan que, incluso, recién en octubre de 2.019, con posterioridad al hecho, fue reglamentada la función mencionada. Se quejan también por la omisión de valoración de las constancias de la Cámara Gesell practicada al niño C.S., el 16 de mayo de 2.017.

Sostienen que de aquélla surge que los hechos se produjeron sólo en el año 2016 y no en 2017 y, que el dato es relevante puesto que del Libro de Actas N° 7/5, acta N° 1 del año 2017 se desprende que Rosales fue designado en el 2017 como «maestro de noche», por lo que su deber funcional de velar por el sueño de los niños desde las 22 a las 8 hs. surgió recién desde ese momento.

Añaden que tal circunstancia concuerda con lo declarado por el mismo en el debate, en tanto que señaló que hasta esa fecha se turnaban con otros maestros al no existir «maestro de noche».

En relación con los vicios in iudicando señalan que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva puesto que de la inexistencia del elemento subjetivo requerido por la figura en examen deviene la atipicidad del hecho investigado, motivo por el cual reclaman la absolución del sospechado.

Destacan que la jueza señaló expresamente en sus consideraciones «confío que fue negligente, confiamos en que se quedaba dormido» dichos no son compatibles con la solución jurídica propiciada en cuanto a que, para se configure la tipicidad del art. 249 del CP, baste la incuria o negligencia. Afirman que el tipo penal del art. 249 del CP revela un abuso funcional omisivo que, en la faz volitiva, demanda voluntad de oponerse a la ley, por lo que no resulta suficiente su errónea ejecución, sino la intención de desconocerla –citan doctrina que avala su afirmación (ver fs. 8 vta.)–.

De tal manera, consideran que es una omisión dolosa de la autoridad pública concretada con fines contrarios a los establecidos por la ley, de manera tal que deben concurrir dos extremos: a) una extralimitación objetiva del marco competencial impuesto normativamente; y, b) una extralimitación subjetiva –dolo–. Señalan que la omisión, además de ilegal o antijurídica, debe ser también típicamente culpable –dolosa– y así lo ha sostenido la doctrina (ver fs. 9) y, por lo tanto, la culpa en sus diversas formas –negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes reglamentos o deberes– no se adecua al tipo penal bajo examen, como tampoco encuadran en él las simples anomalías o irregularidades en el desempeño de la función pública. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 65/67 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General, quien luego de analizar los agravios promovidos por la defensa del acusado, se expide solicitando el rechazo del recurso casatorio.

En relación con los vicios in procedendo, entiende que la alegada falta de fundamentación relativa al elemento subjetivo, resultaría más bien un vicio in iudicando por errónea aplicación de la ley sustantiva. Al respecto entiende que pese a los argumentos defensivos este tema fue ampliamente tratado en el debate y que la jueza se expresó en relación a la cuestión.

En cuanto a la crítica referente a la omisión de valoración de la Cámara Gesell y, sus implicancias, refiere que la jueza señaló que desde el año 2013, Rosales Areco ejercía esa función. Agrega que el niño C.S., en Cámara Gesell refirió que el maestro que se quedaba dormido cuando pasaban los hechos de los que fue víctima se llamaba Adrián.

Tal circunstancia también se desprende de la declaración de B.C. y que, más allá de la ubicación temporal de los hechos en el año 2016, no cabe duda alguna que fue el acusado quien dormía en la habitación donde ocurrían los hechos. Respecto al vicio in iudicando referente a la discusión sobre si basta la culpa para atribuir el delito por el que Rosales Areco fue condenado, considera que la jueza, siguiendo a Soler aplicó la figura y, por ello, concluyó que existió negligencia por parte del acusado que se quedaba dormido y no que deliberadamente se iba a dormir.

A su criterio la culpa es suficiente para la atribución del delito y por ello estima que se ha aplicado correctamente la ley sustantiva. En relación a la cita de Muñoz Conde por la defensa aclara que éste se refiere a la imprudencia como generalmente no punible en delitos de omisión pura o propia, de manera tal que deja la puerta abierta a que en determinadas situaciones la imprudencia o la culpa sean factor de atribución de determinados delitos, tal como el caso del delito de omisión de los deberes del oficio.

Añade que Soler señala que en el art. 249 del CP sólo se requiere la incuria, retardo o negligencia, esto es no la malicia volitiva del art. 248 del CP. Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia puesta en crisis.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso de casación interpuesto y la sentencia puesta en crisis, adelanto opinión en el sentido de que corresponde acoger el primero de los nombrados, por cuanto considero que existen vicios en la fundamentación de la resolución cuestionada. Paso a explicarlo. El planteo defensivo se centra en cuestionamientos a: 1) la interpretación de la jueza de los medios de convicción, en tanto discrepa con la valoración judicial llevada a cabo en torno a la determinación de la fecha en que ocurrieron los hechos, tema éste que vincula al efectivo cumplimiento por parte de su asistido de la tarea de maestro nochero; 2) planteos de derecho en torno al aspecto subjetivo de la figura atribuida al acusado, puesto que no tuvo el sospechado conocimiento exacto y concreto de cómo debía cumplir la función y, 3) la calificación legal en la que se subsumió el hecho que se tuvo por acreditado. En primer término debo señalar que no advierto los vicios de procedimiento que refiere la defensa del acusado en la sentencia de la instancia previa.

En este sentido considero que la valoración de los medios de prueba válidamente incorporados se llevó a cabo respetando las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Entiendo al respecto que los argumentos casatorios resultan una reiteración de los planteos formulados en los alegatos finales y que ellos obtuvieron tratamiento por parte de la jueza en la sentencia, sin que en este aspecto la defensa aporte razonamientos diversos por parte del recurrente.

Establecido ello, abordaré el cuestionamiento formal relativo a la denunciada inexistencia del hecho por cuanto Rosales Areco no cumplía funciones en el año 2016. Esto es así por cuanto de la reproducción del registro audiovisual del debate – específicamente de los fundamentos orales de la causa de fecha 18/12/19– surge que la sentenciante sí valoró las constancias de la Cámara Gesell practicada al niño C.S. En relación a que los hechos ocurrieron en el año 2016 como dice C.S. en la testimonial (ver fs. 160 vta. del Expte. 10.909/17) y, puesto que Rosales Areco asumió su puesto como «maestro nochero» recién en el año 2017, a mi criterio no invalida las conclusiones a las que llega la jueza.

En el caso traído a examen, de la lectura del expediente N° 10.909/17 de la Fiscalía Penal de Menores de la Tercera Circunscripción Judicial, surge que el niño C.S., tenía al momento de la denuncia formulada por su madre, nueve años. También se desprende de fs. 1, que la madre del niño –G.A.– refirió que los episodios de encopresis comenzaron en agosto u octubre de 2016, cesaron en las vacaciones de verano y recomenzaron a poco del comienzo de clases de 2017.

Además, y según le habría dicho G.G.–conforme lo narrado por el niño–, los hechos ocurrían desde hacía más o menos tres años. Referenció en esa ocasión la madre de C.S. que Adrián Rosales Areco era el maestro que cumplía funciones de «nochero». G.G. manifestó al declarar en audiencia de debate (registro audiovisual de fecha 24/10/19 a partir del minuto 29.56), en forma concordante con su anterior declaración (4/6 del expte. 10.909/17), que la noche que los niños C.S. y su hermano gemelo J.L.S se quedaron en su casa le expresaron –a preguntas que le formuló– que el «maestro nochero» no escuchaba porque «tenía auriculares y no se [...] dormía con ellos».

Concuerdo también en que abona la hipótesis sostenida en la sentencia la constancia del acta N° 31 de la institución escolar, de fecha 14 de diciembre de 2016, en aquella se señala que en el ámbito organizacional se cuenta con un docente del turno noche («maestro nochero», ver hoja 58), en tanto que el acta 32 –de la misma fecha– da cuenta que el horario del maestro con tales funciones era de 22 a 8 hs. (hoja 62).

Las circunstancias detalladas dan cuenta de que la figura del «maestro de noche» ya existía en el año 2016 y pese a que recién en el año 2017, el acusado figura con tal función, entiendo que del resto de los elementos de prueba resulta plausible señalar que al momento de ocurrencia de los hechos investigados era éste quien efectivamente desempeñaba tal labor. Al respecto resultan claras las declaraciones de C.S. en cuanto señaló que el maestro que se encontraba presente dormía cuando otro de los niños abusaba de la víctima era Adrián Rosales. En igual sentido se encuentra la declaración de B. C., que vio cuando uno de los niños metía sus partes íntimas en la cama de la víctima y que el «profe» Adrián estaba durmiendo.

De tal manera y conforme el detalle señalado, considero que se encuentra suficientemente probado que uno de los docentes que se desempeñaba al momento de los hechos como «maestro nochero» o «maestro de noche», era el acusado Jorge Adrián Rosales Areco.

Ahora bien, en relación a la crítica relativa a que Rosales Areco no conocía de manera concreta la función de «maestro de noche», en razón de que el cargo recién fue reglamentado en octubre de 2019, advierto que la jueza sustenta su criterio al respecto y enumera las obligaciones derivadas de la condición de docente del acusado en virtud del Estatuto del Docente, la ley 26.061 –art. 126 inc. d– y el art. 1767 del Código Civil, en tanto impone responsabilidad por los hechos aquí investigados a los responsables de establecimientos educativos. En este aspecto, asiste razón al recurrente en cuanto a que la referencia a

aquellas y su contenido no logran establecer en forma adecuada cuáles son los actos del oficio que Rosales Areco ilegalmente omitió.

En este sentido advierto que la acusación consideró aquellos actos comprendidos en el Estatuto del Docente, en la ley 26061 (art. 126 inc. d) y el Código Civil, art. 1767 y, la jueza recogió tales argumentos sin que el representante del Ministerio Público Fiscal ni la jueza de la instancia anterior hayan especificado en que consistió la omisión.

En mi opinión la genérica mención de que debía velar por los niños y la significación coloquial asignada al término, no consiguen llenar adecuadamente el contenido del comportamiento prohibido, máxime cuando no se estableció la cantidad de niños al cuidado de Rosales Areco, la ubicación de aquellos en relación al sitio donde éste se ubicaba para cumplir su función, ni se dió tratamiento a la explicación intentada por el acusado en su defensa material, consistente en que en determinadas ocasiones durante horario diurno cumplía funciones administrativas como también de suplencia en el caso de ausencia de otros docentes.

De esta manera es que considero que el agravio así formulado debe ser acogido puesto que no se han despejado tales interrogantes en la sentencia condenatoria. Por último debo señalar que no concuerdo con el criterio expuesto por la jueza de la instancia previa en relación con el análisis de la figura del art. 249 del CP.

Con respecto a ello la jueza se expidió y refirió que «... la plataforma fáctica constituida por el comportamiento del imputado se subsume en el tipo penal previsto en el art. 249 del Código Penal, incumplimiento de los deberes de funcionario público. Acá nos vamos a detener. Tal como se desprende efectuada en la normativa que se analiza el delito se configura mediante conductas omisivas. Así el sujeto debe omitir, debe rehusar hacer o retardar algún acto propio de su función. El sujeto puede omitir el acto es decir, no lo realiza, no lo ejecuta, no lo lleva a cabo, es esto lo que ha sucedido.

Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es a los actos que son el contenido de la función y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista -esas sí- como infracción disciplinaria, pero no los actos de la función -faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario-. Por eso se ha sostenido que debe tratarse de actos propios de las funciones, que contempla no sólo los actos de autoridad sino además cualquier tarea administrativa que integre esa función o la prestación de servicio del agente.

Por eso serán actos que justifican estos hechos por ejemplo, el cartero que no distribuye la correspondencia, el policía que no evita la alteración del orden, el juez que no provee los pedidos de las partes en un expediente, en la especie el maestro de noche que no vela por el sueño de los niños y por su tranquilo descanso.

Suele presentarse una dificultad con este tipo penal y la diferenciación que hacen respecto al tipo del art. 248 del Código Penal. Soler había sostenido que el art. 248 prevé la violación al incumplimiento de disposiciones expresas de la ley, mientras que el 249, aplicable a este caso, contempla el incumplimiento genérico de funciones administrativas y agregaba que en el primer caso -el del 248 el hecho siempre debe revestir los caracteres de la malicia señalados por la figura general-, mientras que para el otro -que es el del 249- que nos está ocupando en esta causa parece bastar la incuria, el retardo, la negligencia en el desempeño de la función, lo decía Soler.

Adscribimos y adhiero a la postura de Soler». «Y con esto también le respondo a lo que planteó la defensa respecto a que el tipo del art. 249 no requiere de esa malicia volitiva que pretende la defensa. Si Rosales no se percató de lo que sucedía, si no lo advirtió, justamente existe el tipo del art. 249 del Código Penal y es en el que precipitan este tipo de conductas negligentes para diferenciarlas de las del art. 248 del mismo código. Si seguimos con doctrina, Molinario y Aguirre Obarrio decían que el presente artículo -art. 249- se omiten actos concretos, por eso el hecho es menos grave mientras que en el 248 la negativa es global en cuanto su función y por eso su mayor gravedad.

Otra parte de la doctrina afirma que mientras la conducta prevista en el art. 248 prevé la inobservancia de lo que de modo expreso un precepto de la Constitución o la ley manda a resolver, ordenar o ejecutar a un funcionario ejerciendo su autoridad funcional en una cuestión, asunto o materia, el accionar analizado en el art. 249 consiste en que la omisión tiene por objeto cualquier acto que el funcionario esté obligado a cumplir por su oficio.

Por otro lado debo hacer referencia que si Rosales hacía tarea administrativa al día siguiente, ¿era para colaborar? ¿quizás con la escuela, o para ganarse el cargo de director?, yo creo que era en beneficio de Rosales y si se quedaba en la escuela y no volvía a su casa no era porque su oficio o función se lo exigiera sino porque tenía que hacer 140 kilómetros y eso no le convenía, por eso también se quedaba en la escuela. Continuando con el análisis dogmático, se verifica una contradicción en la conducta del imputado con la totalidad del orden jurídico sin que esté amparado su situación por ningún precepto permisivo o autorización jurídica para actuar de esta manera, me refiero a causa de justificación [...]».

Ahora bien, en relación al ilícito previsto en el art. 249 del CP, Soler señalaba que «[...] tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto.

El jefe de una oficina que no desempeña en absoluto su función, recurriendo a subterfugios de retardo y pérdida de tiempo, no comete abuso de autoridad: incumple sencillamente sus deberes y comete el delito del art. 249, cuando esa omisión es maliciosa.

Ese incumplimiento debe referirse a los actos de la función, es decir, a los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario. Para que este tipo de faltas constituya delito es preciso que concreten una efectiva omisión: el secretario se retira antes de tiempo para no recibir y cargar un pedido urgente (p.ej: hábeas corpus).

La omisión debe ser ilegalmente cometida [...] Debe tratarse de una conducta omisiva ilegal, y debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad; es decir la omisión ha de ser maliciosa. [...] Debiendo referirse la omisión a alguno o algunos de los actos que el funcionario deberá ejecutar, el delito queda consumado cuando en consideración a ese acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente omitido, retardado o que habiendo mediado pedido o interpelación el funcionario ha rehusado cumplirlo» **(SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, T. V, págs. 189/190)**. A mayor abundamiento debo agregar que, conforme señala Jorge Buompadre, al referirse al ilícito en cuestión: «Subjetivamente, el delito es doloso, de dolo directo.

Esta es la posición mayoritaria de nuestra doctrina [véase por todos, 73, p. 532]. Sobre el pensamiento de Soler a que hace referencia Creus [35, p.212], debe hacerse una aclaración: la cita es correcta (aunque no el número de página), en el sentido de que Soler estima que en el delito del art. 249 “parece bastar la incuria, el retardo, la negligencia en el desempeño de la función”, calificándolo, al parecer de delito culposo.

Sin embargo, hay que subrayar que más adelante Soler afirma expresamente lo siguiente: “Debe tratarse de una conducta omisiva ilegal, y debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad; es decir la omisión debe ser “maliciosa” [143, t. V, p, 144]. Por lo tanto, a nuestro juicio, Soler no sólo afirma la culpabilidad dolosa del delito, sino que avanza mucho más allá del dolo, pues exige, subjetivamente, la concurrencia de malicia, esto es un elemento subjetivo del tipo distinto, opinión con la cual no estamos de acuerdo.

El delito del art. 249 exige dolo directo, el cual se construye a partir del conocimiento de la ilegalidad de la conducta del funcionario, elemento normativo del tipo objetivo con incidencia directa en la culpabilidad. Consecuentemente, si el agente creyó que actuaba conforme a derecho, vale decir, que su conducta era legal, se dará un caso de error de tipo excluyente del dolo [conf. 89, t.I, p. 448 y ss; 68, p. 193] (BUOMPADRE, Jorge; Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2011, T. 10, pág. 375)».

Como se advierte, no surge del autor citado por la jueza la posición doctrinaria expuesta, como abono a su postura y para considerar que el delito atribuido admita la modalidad culposa.

De esta manera, entiendo que la doctrina invocada resulta erróneamente interpretada y no logra fundar adecuadamente los motivos por los cuales la jueza considera que la omisión de los deberes del oficio (art. 249 del CP) pueden ser cometidos en forma culposa. Por ello el agravio formulado en este sentido debe tener acogida favorable. Por lo expuesto y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere

Sobre la misma cuestión el Dr. Pedro J. Llorente adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido, concuerdo con la solución a la que llega el ministro preopinante en cuanto a la anulación y reenvío del acto sentencial cuestionado por la defensa, puesto que padece de los defectos señalados en el voto que me precede. Ahora bien, de acuerdo con las circunstancias particulares que del detalle de la causa emergen, encuentro necesario formular algunas consideraciones, pues independientemente de la responsabilidad penal del acusado, encuentro que el hecho que se ha sometido a juzgamiento en sede penal puede dar lugar a una eventual responsabilidad del Estado, que debería dilucidarse en el fuero y mediante los procedimientos correspondientes. Veamos.

El hecho que motivó la investigación en la presente causa sería el presunto comportamiento omisivo del acusado en relación con el cuidado que debió tener para evitar los abusos sexuales sufridos por el niño C. S. a manos de otros niños en circunstancias en que éstos se encontraban en la escuela albergue a la que asistían —.....—. Nuestro país ha asumido obligaciones internacionales para la protección de las víctimas de abuso sexual menores de edad. En diversos precedentes he tenido oportunidad de referirme a aquellos

(ver al respecto, «Merlo Donaire», «Saldívar», «Calderón Polo», «Luna, Eduardo», «Ruiz Gutiérrez», «Concha Jesús», entre otros).

Detrás de la asunción de este tipo de compromisos internacionales –que impactan en la actividad de los tres poderes del Estado– se encuentra la necesidad de brindar protección a las personas menores de edad frente a la mayor situación de vulnerabilidad en que se encuentran (ver al respecto, reglas 3 y 4 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada N° 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

Particularmente debe tenerse presente el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que «[t]odo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado».

Del mismo modo el art. 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que «los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas» y el art. 3.3 que «los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada».

Por su parte, el art. 19 de esa misma convención brinda un marco específico de protección en tanto prevé que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo». Sobre estas dos convenciones la Corte IDH ha tenido oportunidad de referir que «tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana» (Corte IDH, «Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala», Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, nro. 63, párr. 194).

Ello tiene como efecto, en materia de protección de derechos humanos de la niñez, la posibilidad de ampliar el contenido del art. 19 de la CADH relativo a las medidas de protección a las que tiene derecho todo niño, niña y adolescente. En el ámbito del Poder Judicial este particular análisis que se impone de acuerdo a las obligaciones asumidas por el Estado argentino puede advertirse –entre otros aspectos– en relación con la valoración de la prueba donde este sector particularmente vulnerable de la población resulta víctima de abusos contra su integridad sexual.

Así, en el ámbito de responsabilización penal he señalado que «la especialidad que hace a la naturaleza de este género de conductas ilícitas no sólo incide en cuanto a la necesidad –y deber– de ajustar las reglas de valoración de la prueba al contexto en el que se producen, esto es, adoptar un particular modo de ponderación de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, atribuyendo un significado de acuerdo a la naturaleza del caso» (ver al respecto, y en otros, «Torres Sánchez» y «Paz

Parra»). En este aspecto, resultan fundamentales, a mi criterio, los «Principios generales» de la “Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso” (Buenos Aires 2013).

Esto por cuanto considero que estos principios se plantean como objetivo la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra integridad sexual, así como sus testigos, el tener en cuenta las necesidades de aquel sector vulnerable de la población, optimizando las oportunidades existentes para la recolección de pruebas y teniendo en cuenta sus necesidades, asegurando, de esta manera, un abordaje integral adecuado de la problemática que proteja a la víctima. Reconducido este compromiso internacional al caso en análisis, entiendo necesario destacar el rol de la institución donde acontecieron los hechos, más allá de la responsabilidad jurídico penal del acusado que fue objeto de tratamiento en el voto anterior y a cuyas consideraciones adherí.

En efecto, en razón de que los sucesos donde se vulneraron los derechos del niño C.S. ocurrieron en el interior de una escuela albergue, considero que –independientemente de que la regulación de tales instituciones fue posterior a los hechos aquí investigados– existe la obligación – en este caso por parte del Estado– de garantizar la indemnidad de los niños, niñas y adolescentes. Ese deber de garantía importa que, en casos como el presente, pueda implicar una obligación de resarcimiento –entre otras formas de reparación del daño producido– del Estado frente a la víctima.

En efecto, de la normativa invocada por el representante del Ministerio Público Fiscal al acusar, y receptada por la jueza al dictar sentencia condenatoria –el Estatuto del Docente, la ley 26.061 y el art. 1767 del CCyC– emerge la responsabilidad del establecimiento educativo. La Ley de Educación Nacional N° 26.206 ratifica el paradigma de participación de los distintos actores de la comunidad educativa (véase «Instituto de Educación San Jorge» precedente de esta Sala, fuero laboral) y por su parte, la Ley Provincial de Educación N° 6.970 establece como responsabilidad de la institución definir el régimen de convivencia con la participación de los miembros de la comunidad educativa.

En este orden de ideas la Resolución N° 635 de mayo de 2014, de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, dictó una «Guía de procedimientos ante situaciones emergentes en las escuelas de nivel inicial y primario», donde estableció un protocolo para el abordaje integral en pos de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes contemplando situaciones como las aquí investigadas en el anexo I, puntos 1 y 2. Lo expuesto demuestra que sería responsabilidad del Estado –en este caso, provincial– evitar en el ámbito escolar acontecimientos como el que originó las presentes actuaciones, independientemente de la eventual responsabilidad que le pudiera caber al acusado. Por ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal del ciudadano aquí acusado, entiendo que el deber del Estado de garantizar la integridad de los niños, niñas y adolescentes dispara obligaciones de reparación en casos como el presente, donde ese deber fue vulnerado. El alcance de esa reparación correspondería que fuese dilucidado por los organismos estatales pertinentes y, eventualmente y de ser necesario, se ventile judicialmente en el fuero previsto para ello. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia N°4.088, y remitirse los presentes al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa de Jorge Adrián Rosales Areco y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 4088 y el debate.
- 2.- Remitir, en función de lo resuelto en el resolutive 1, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Capítulo IX.

Impedimento de contacto de menores con padres no convivientes.

CAPÍTULO IX. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.

Ley 24270. (Sancionada 03-11-1993; promulgada 25-11-93)

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º-Será reprimido con prisión de **un mes a un año** el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de **seis meses a tres años** de prisión.

ARTICULO 2º-En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

ARTICULO 3º- El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.
2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.

ARTICULO 4º-Incorpórase como **inciso 3º del artículo 72 del Código Penal** el siguiente:

Inciso 3º: Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

ARTICULO 5º-Esta ley se tendrá como **complementaria del Código Penal**.

ARTICULO 6º-Comuníquese al Poder Ejecutivo

CP. ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;
- c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél. (Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

1- REYES CORTELEZZI. 08-03-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

Lex: Art. 1 y 2 de la ley 24.270. Art. 239 y 55 del CP. Leyes 26485, 27372 y 26061. Convención Belém do Pará. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

Vox: Impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por mudar su domicilio en concurso real con desobediencia. Contexto de violencia de género. Perspectiva de género.

Summa:

El JPC N° 1 de la PCJ absolvió a M. L. R. C. de los delitos de impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por mudar su domicilio en concurso real con desobediencia (arts. 1 y 2 de la ley 24.270, 55 y 239 del CP).

El **representante de la querella particular**, constituida por M. J. L., interpone recurso de casación atacando en primer lugar la fundamentación de la sentencia, específicamente en cuanto a su claridad, a la duda razonable, a la coincidencia entre lo expresado y las constancias de la causa. También cuestiona la forma de valorar la prueba, la acusación efectuada contra su representado y culmina solicitando la nulidad absoluta de la sentencia recurrida.

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación interpuesto procede formalmente y además que resulta sustancialmente procedente por existir vicios y omisiones en la valoración de la prueba y agrega que no se han analizado los elementos de cargo ni surge con claridad las razones por las que absolvió.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la querella particular.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2396 pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- D. C. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=448>
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-2020: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Ruiz Casas. 07-09-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzMjE=&tabla=c2M=>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Mejía. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Calderón Polo. 17- 05- 19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Domínguez, Daniel. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDDF.pdf

b-CIDH

- Veliz Franco Vs. Guatemala. 19-05-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf
- Velásquez Paiz y otro vs.. Guatemala. 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Gutiérrez Hernández vs. Guatemala. 24-08-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf
- Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. 25-11-03:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Kawas Fernández Vs. Honduras: Solicitud de Medidas Provisionales. 29-11-08:
https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/kawas_se_01.doc

Doctrina citada.

ROSETH, Benjamín, **REYES**, Angela, **SANTISO**, Carlos, editores, 2018, Fin del trámite eterno: ciudadanos, burocracia y gobierno digital, BID, p. 25

COUSSIRAT, Jorge Alfredo y otros, “Código Procesal Comentado de la Provincia de Mendoza”, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 28

Parágrafos destacados

“De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando. En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversales de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades (véase, por ejemplo, «Zurita Abrego» o «Medina» -voto propio-)”

“El Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, como órganos vinculados a los compromisos asumidos por el Estado, y como instancias de acceso de las personas para el reconocimiento de derechos, no deben permanecer ajenos a ello, y como tal, les compete una doble responsabilidad. Por un lado, en la contribución a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género. Por otro lado, con un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito sin el debido análisis que interprete el contexto de violencia de género en el cual la conducta se encuentre inmersa, debido a que esta es sólo la expresión más palpable de un conflicto social que le subyace y que no es debidamente atendido.”

“En este sentido, entiendo que el comportamiento del padre agresor en el contexto de violencia de género descrito en el apartado anterior es el que explica la elusión de la agresión llevada adelante por R. C.,

retirándose de la provincia de la M., y procurando el salvamento del hijo de, al menos, presenciar la inminente situación de violencia; lo que entiendo también genera una situación de violencia para el niño. En otras palabras, el padre que ejerce violencia contra la madre delante de su hijo, también ejerce violencia contra este último en su faz psicológica al someterlo a presenciar aquellos actos.”

SCJM. Dres. **Palermo.** Adaro. Valerio.

(P.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04793281-9/1((018501-152583)) FC/ R. C. M. L. P/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (152583) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104872739*

En Mendoza, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04793281-9/1 caratulada "F. c/ R. C. M. L. P/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (152583) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El representante de la querrela particular, constituida por M. J. L., interpone recurso de casación a fs. 255/269 vta. contra la sentencia N° 2396 y sus fundamentos por la que el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción absolvió a M. L. R. C. de los delitos de impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por mudar su domicilio en concurso real con desobediencia (arts. 1 y 2 de la ley 24.270, 55 y 239 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En fecha 23 de abril de 2019, el Juzgado Penal Colegiado N° 1 absolvió por sentencia N° 2396 a M. L. R. C. por los delitos de impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia, previstos en la ley 24.270, arts. 1 segundo párrafo y 2 primer párrafo, arts. 55 y 239 del CPP. El hecho descrito en la sentencia atribuido a R. C. es el siguiente: «finalizada su relación sentimental con M. A. J. L., ambos progenitores del menor [V. J. L.], acordaron que el niño estaría alternativamente con ambos. Sin embargo, entre los días 5 al 7 de noviembre de 2017 (y primera corrección que cabe hacer a esta acta de imputación formal, es que no se condice efectivamente con los hechos que son denunciados por el querellante y que surgen de las constancias de autos, porque el día 5 de noviembre el padre había tenido contacto con su hijo. M. R. se radicó con el menor en la ciudad de B. A., todavía a esa fecha no estaba radicada), impidiendo desde el martes 7 al viernes 10 [de noviembre de 2017], martes 14 al miércoles 15 [de noviembre de 2017], viernes 17 al domingo 19 [de noviembre de 2017], martes 21 al viernes 24 [de noviembre de 2017] y desde el martes 28 al miércoles 29 del corriente mes que el niño tuviera contacto con su padre.

Además, se desprende que el 28 de septiembre de 2017, el señor juez de familia del Sexto Juzgado dispuso por auto la prohibición de modificar el centro de vida de [V. J. L.], quien debía permanecer en Mendoza

bajo el cuidado de su papá. Dicho evento fue calificado por el representante del ministerio público como impedimento de contacto agravado por la edad del menor y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia a la autoridad» (ver constancias audiovisuales de fecha 23-04-19 desde el minuto 6:26 hasta 7:49). La magistrada detalló que para así resolver tuvo en consideración la declaración de la M. R. C. durante el debate y todo el material probatorio incorporado en autos. Así, detalló las declaraciones testimoniales de M. A. J. L. y N. C.. como prueba instrumental, citó las actas de denuncia, copia de los convenios privados de homologación que presentaron los padres, la resolución del juzgado de familia, copia del Acta de nacimiento del niño, convenios privados de modificación de régimen de visitas, informes psicológicos, dictámenes del Ministerio Pupilar, presentación efectuada por la M. R. C. desde la fs. 95 en adelante y demás constancias de audio y video.

2.- Recurso de casación

El representante de la querrela particular, constituida por M. J. L., presenta recurso de casación contra la sentencia del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que absolvió a M. R. C. por considerar que se han inobservado normas que la ley de rito establece bajo sanción de nulidad (art. 474 inc. 2 del CPP). Se agravia de la fundamentación expuesta por no ser clara debido a que oscila en su argumentación. Entiende que resulta ininteligible y que ello viola el debido proceso y el derecho a un recurso sencillo y eficaz. Asevera que la falta de claridad radica en que no se deja claro si se absuelve por la duda, porque la conducta no constituye delito o porque M. R. C. obró de manera justificada. Considera que estas opciones se sustentan en premisas contradictorias, lo que se opone a lo previsto por el art. 416 del CPP y equivale a falta de motivación. Respecto a la duda razonable, cuestiona las aseveraciones de equilibrio entre los elementos de cargo y descargo en razón de lo alegado por M. R. C. y la afirmación de que lo expuesto por J. L. no se condice con las constancias de la causa ni las preguntas que le fueron realizadas en el debate. Afirma que se omite el análisis de los elementos de cargo y se pondera de forma arbitraria. En particular, que se pasa por alto las constancias de fs. 37 y 38 de los autos 152.535/17 en los que M. R. C. no informó su domicilio ni donde se radicaría el menor de edad y que justificó que su representado tuviera que contactar un investigador privado para saber en qué lugar de encontraba su hijo. En relación con los hechos delineados por la a quo en la sentencia considera que no se condicen con las constancias efectivamente comprobadas en la causa. Considera que tenía plena vigencia la resolución de fecha 28 de setiembre de 2017 de fs. 71 que prohibía la modificación del centro de vida del niño y que es lo que justifica la imputación fiscal del delito de desobediencia.

Que el convenio agregado a fs. 3/5 solo tenía por fin ordenar el cuidado compartido del niño y en el mismo se acuerda la no modificación del centro de vida del hijo. En cuanto a la selección de pruebas que efectúa la magistrada para fundar su resolución, recuerda el límite previsto por el art. 416 inc. 6 del CPP y asevera que no se han observado las reglas de la sana crítica respecto de los elementos probatorios de valor decisivo invocados por las partes. Hace hincapié en que M.R.C. hizo reconocimiento del hecho y que sus dichos no fueron valorados bajo la óptica de la pericia de fs. 129 y del informe de fs. 135/137. Según su postura, ellos implican indicios de mala justificación, lo que junto a la prueba instrumental de fs. 73. Asimismo, alega que pasó por alto los emplazamientos de la UFI de Violencia de Género para que M.R.C. concurriera ante el juez de familia de la provincia de Mendoza. Entiende que le era exigible que ajustara su conducta a lo ordenado por la justicia de familia. Respecto a lo aseverado en la sentencia sobre el contexto general en el que considera que se enmarca el hecho imputado, la querrela considera que se

pronuncia sobre un hecho del que carece de jurisdicción y competencia por no haber sido traído a conocimiento. Afirma que se expide sobre la culpabilidad de su representado, violando el art. 198 inc. 1 del CPP, el principio de inocencia y non bis in ídem. Considera que el estado de necesidad no concurre por constituir el mal mayor el haberse llevado al niño e incomunicarlo con su padre. Asimismo, en relación con la denuncia efectuada por M.R.C. en B. A., la querella considera que su representado no tuvo oportunidad de acceder a lo allí manifestado, que no se corresponde con lo ordenado por la justicia de familia de la provincia de Mendoza y que ello constituye un intento de burlar la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales de Mendoza. Como finalidad del recurso, la querella particular pretende la nulidad absoluta de la sentencia cuestionada de conformidad con los arts. 155, 198, 199, 416 inc. 4 del CPP. Asimismo, si bien reconoce que corresponde el reenvío, consiente que se case la sentencia y se falle conforme a la ley y doctrina pertinente. En este sentido, solicita se condene a M.R.C. a la pena de seis meses en suspenso, por ser el mínimo mayor que corresponde por las sanciones atribuidas en abstracto, con imposición de reglas de conducta.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto procede formalmente por configurar el medio de impugnación típico del querellante particular con un interés concreto en su objeto, con específica indicación de los puntos de agravios e interpuesto en tiempo legal. Respecto al fondo del planteo efectuado, considera que resulta sustancialmente procedente por existir vicios y omisiones en la valoración de la prueba. Reitera lo sostenido por el fiscal en sus alegatos acerca de que no se encuentra justificado que M.R.C. se llevara a su hijo cuando tenía los medios legales y personales para su salvaguarda personal, sin que debiera desobedecer las resoluciones de la justicia de familia e impedir el contacto y comunicación entre padre e hijo. A ello agrega que no se han analizado los elementos de cargo ni surge con claridad las razones por las que absolvió.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la querella particular, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, por los argumentos detallados a continuación.

a. Los hechos probados en la causa y no controvertidos

M.A.J.L. y M.L.R.C. comenzaron una relación de pareja en el año 2012. Fruto de ese vínculo en el año 2014 nació V.J.R.. En el año 2016 decidieron separarse y comenzaron algunos conflictos que llegaron a la órbita judicial.

Si bien J.L. y M.R.C. acordaron la convivencia del niño de forma alternada con sus progenitores, en fecha 17 de junio de 2017 convinieron de forma privada que V.R.J. residiera en la provincia de Buenos Aires junto a su madre en razón de la situación extraordinaria de salud que presentaba la madre de M. R. C.. Bajo este convenio, V.J.R. permanecería quince días con cada progenitor durante los meses de junio y julio de ese año. Dicho acuerdo se prorrogó hasta el mes de septiembre. Sin embargo, al regresar el niño junto

a su padre a la provincia de M. en fecha 15 de setiembre de 2017, J.L. le expresó a M.R.C. por vía telefónica que a partir de ese momento debía comunicarse con su abogado.

Asimismo, consta en autos que en fecha 28 de setiembre de 2017 el Sexto Juzgado de Familia de la provincia de M. dispuso en el Expediente N° 1708/17/6 la prohibición de modificar el centro de vida de V.J.R. y que debía permanecer en Mendoza bajo el cuidado de su padre. Sin embargo, en fecha 26 de octubre de ese año J. L. y M. R. C. pusieron en conocimiento judicial que habían acordado retomar el régimen de cuidado personal con modalidad compartida en los términos del acuerdo privado de fecha 14 de junio de 2016 en los autos N° 1750/17/6F. Además, en dicha audiencia desistieron de los procesos iniciados en las causas N° 1708/17/6F, 1750/17/6F, 3526/16/6F y 1827/17/6F y se comprometieron a respetar el centro de vida del niño en la Provincia de M..

En fecha 7 de noviembre de 2017, durante la madrugada, M. R. C. se dirigió hacia la provincia de B. A. junto a su hijo. En virtud de ello, J. L. no tuvo contacto con su hijo menor de edad desde el día martes 7 al viernes 10, desde el martes 14 al miércoles 15, desde el viernes 17 al domingo 19, desde el martes 21 al viernes 24 y desde el martes 28 al miércoles 29, todos de noviembre del año 2017, según le correspondía de conformidad con el acuerdo de convenio de cuidado compartido celebrado.

b. El contexto de violencia de género que rodea a los hechos

El día 6 de noviembre de 2017 M. R. C. ingresó al domicilio de su ex pareja, J. L., junto al hijo menor de edad de ambos entre las 18 y 19 horas, sito en calle Ciudad de L. .. de L. C., departamento de G., con motivo de retirar prendas de vestimenta del niño. Luego de discutir y forcejear, J. L. tomó violentamente a M. R. C. y ató su mano derecha a la pata de la mesa con un cable de USB mientras sostenía su otro brazo. Acto seguido, J. L. se retiró al baño por encontrarse descompuesto y dejó a M.R.C. atada en el lugar. En ese momento M.R.C. logró desatarse, tomó a su hijo y salió del inmueble. El suceso produjo en la víctima una raspadura en el brazo derecho y la rotura de la manga del lado derecho de la camisa a cuadros que vestía.

Inmediatamente después, M.R.C. condujo hacia el centro comercial L. B. y llamó dos veces al 911, esperando asistencia policial. Al no arribar, se dirigió a la Oficina Fiscal N° 18, del Barrio U., y denunció los hechos mencionados y sucesos de violencia anteriores por parte de su ex pareja. Puso en conocimiento que era oriunda de B. A. y que esa noche pernoctaría en lo de una amiga –N.C.– junto a su hijo (aportó datos para su identificación y el domicilio). Sin embargo, al salir de la Oficina Fiscal recibió una llamada telefónica de N. C. en la que le informó que había ingresado una camioneta que podía pertenecer a J. L. al callejón en el que residía y le solicitó que no asistiera al lugar para no generar conflictos. Ello dio lugar a que M.R.C. regresara a la Oficinal Fiscal N° 18, desde la cual la remitieron a la Unidad Fiscal N° 9 de G.. Según consta en actas, a las 1:35 horas del día 7 de noviembre de 2017 declaró en la oficina fiscal lo ocurrido «[v]engo a declarar que no me pude ir a quedar a la casa de mi amiga N. N. C. quien vive en el barrio S. y S. de G. C., porque mi ex pareja me ha estado buscando, mi amiga me dijo que había estado por allá y me ha estado buscando por las casas de mis otras amigas, así que hablé con mi abogado de nombre E. D. L. y él me dijo que me quedara tranquila que mañana me iba a llevar él para que me constaten las lesiones» y puso en conocimiento un nuevo domicilio de residencia para esa noche y mencionó que no tenía muchas personas a las que acudir y que su ex pareja era consciente de ello. También mencionó en esa oportunidad que J. L. la había estado llamando y que ella no lo había atendido.

Terminado todo ello, y bajo la convicción de que no tenía garantías suficientes de resguardo y encontrarse atemorizada, tomó la decisión de conducir junto a su hijo hacia B. A., lugar en el que reside su familia. En el camino realizó una parada en la provincia de S. L., lugar en el que asistió a una guardia médica por no sentirse bien. El día 8 de noviembre arribó a B. A. y se dirigió a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a denunciar todo lo ocurrido, lo que dio lugar al dictado de una orden de prohibición de acercamiento por parte del Juzgado Civil N° 2 de la Ciudad de B. en su favor. Cada uno de estos hechos fue puesto en conocimiento por M. R. C. a la Ofical Fiscal N° 8 por mensajes de texto y llamadas telefónicas.

Por su parte, durante la estancia en B. A. M. R. C. recibió mensajes de texto de un número de teléfono desconocido en el que le decían «Atendeme... el otro día te escapaste, la próxima te ato m[á]s fuerte y te violo putita... me cansaste», «No le tengo miedo a la prohibici[ó]n de acercarme...no te das cuenta que me saqu[é] todas las causas de tus denuncias? Tengo plata para abogados... no como vos...», «Contestame hija de puta...Estoy m[á]s cerca de lo que crees», «Atendeme quiero hablar con vos, perdón... sabés que me vuelvo loco cuando no me contestas. S[ó]lo quiero pedirte perdón y que arreglemos las cosas», «Los jueces me la fregan no te das cuenta c[ó]mo te saque a [V. J.R.] de un d[í]a para otro? Preguntate porqu[é]? Yo tengo guita y vos sos una muerta de hambre», «Te vas a morir de hambre no te pago ni te pienso pagar la cuota salvo que vengas ac[á] y me chupes la pija», entre otros, recibidos en fechas 21 y 22 de noviembre de 2017.

Estos hechos fueron alegados por la defensa durante el debate junto con la incorporación de la prueba que los acreditó. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal hizo caso omiso al contexto de violencia de género denunciado por la parte defensiva y así concluyó, en los siguientes términos, «[...] entiendo Usía que sin entrar a discutir si fue víctima o no de violencia por parte del padre del niño, denunciante en autos, lo cierto es que no encuentro una relación que actúe como excusa absolutoria o justificante de su conducta para llevarse con ella al niño» (ver constancias audiovisuales de la audiencia del día 19 de marzo de 2019 desde el minuto 6:00 al 9:00). Ello conlleva a aseverar que no contradujo los supuestos fácticos probados en el marco del debate oral y solo realizó una valoración de los hechos ocurridos bajo una interpretación aislada de los sucesos probados durante el debate.

Por otro extremo, el querellante particular negó la existencia del hecho ocurrido en fecha 6 de noviembre, denunciado por M. R. C., y lo calificó como un indicio de mala justificación. Sin embargo, no aportó prueba documental o testimonial que contradijera la aportada por la defensa M. R. C..

Analizadas las constancias de la causa, considero que asiste razón a la jueza de la instancia anterior cuando señala que el hecho imputado a M. R. C. debe ser analizado en el contexto en el que se ha desarrollado. Ello, para interpretar sus alcances e implicancias jurídico-penales. El contexto de violencia de género en el cual se encuentra inmerso el hecho surge desde el inicio de las actuaciones, ha sido objeto de discusión de las partes durante todo el proceso y constituye un eje central de la resolución cuestionada. Así, debe ser abordado e interpretado de acuerdo con los parámetros internacionales y nacionales que rigen en la materia, para así corroborar el sentido jurídico que corresponde atribuir al hecho imputado a M.R.C..

Para ello, en primer lugar, considero relevante delinear los parámetros en materia de violencia contra la mujer que deben ser tenidos presentes a la hora de analizar el plexo probatorio incorporado en autos. Así, debe destacarse que la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención Belem do Para- reconoce en su art. 5 que la violencia contra la mujer impide

y anula el ejercicio de todos los derechos que se le reconocen en dicho cuerpo normativo, entre los que se encuentran el respeto a su integridad física, psíquica y moral, como también el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 4 b y c). Asimismo, ordena a los Estados a abstenerse de acciones o prácticas de violencia contra la mujer y a velar por que las autoridades, funcionarios e instituciones se comporten de conformidad con ello. En especial, establece la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 a y b) y dispone que su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos (art. 12 del mismo tratado).

Como expuse en el precedente «D. C.», el deber de debida diligencia «[s]e trata de una pauta que condiciona la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos, entendida esta última como una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados de la región para asegurar la plena satisfacción de todos los derechos fundamentales reconocidos en el corpus iure interamericano (cfr. Corte IDH, Caso Veliz Franco Vs. Guatemala, de 19 de mayo de 2004, par. 183). En efecto, las obligaciones generales emergentes de los arts. 8 y 25 convencionales -reguladores del derecho de acceso a la justicia en las Américas- se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico para la prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres (cfr. Corte IDH, Casos Veliz Franco vs. Guatemala, cit.; Velásquez Paiz y otro vs.. Guatemala, de 19 de noviembre de 2015; y Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, de 24 de agosto de 2017)».

«De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando. En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversales de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades (véase, por ejemplo, «Zurita Abrego» o «Medina» -voto propio-)».

«Es este el marco jurídico internacional desde el cual debe administrarse justicia en el caso que nos ocupa, valorarse la prueba y establecerse las responsabilidades penales pertinentes».

En el mismo sentido, la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus actividades interpersonales instituye en cabeza de los organismos estatales el deber de contribuir al fomento de «las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres» (art. 11 inc. 4 h), como también la creación e implementación de servicios integrales e interdisciplinarios de asistencia a las mujeres que sufren violencia de género (art. 10, inc. 2 a).

En este contexto normativo, la función de las distintas instancias de intervención de la justicia penal no debe limitarse a la mera investigación de conductas que aparecen a priori como constitutivas de un ilícito penal sino que, como agentes estatales, se encuentran alcanzados por los lineamientos de las políticas públicas asumidas a nivel convencional, nacional y provincial; como bien sostuve en el precedente «Ruiz Casas».

No caben dudas que la violencia de género resulta en la actualidad un problema nuclear en términos de identidad de la sociedad. En efecto, la expresión «violencia de género» no sólo se hace referencia al

empleo de una violencia de tipo física, sino a un fenómeno social complejo por el cual se comunica una situación desigual de poder entre géneros, que generalmente se manifiesta a través de maltratos verbales, sometimiento económico y personal, construcción de estereotipos culturales, etc. A su vez, no sólo se expresa en el ámbito doméstico, sino que se reproduce a través de las distintas instancias de sociación, tanto en instituciones públicas como privadas. Esto ha sido reflejado en la ley 26.485 antes aludida, cuyos artículos 5 y 6 reconocen –respectivamente– los diversos tipos de violencias y las modalidades que puede asumir este fenómeno en la dinámica social.

El Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, como órganos vinculados a los compromisos asumidos por el Estado, y como instancias de acceso de las personas para el reconocimiento de derechos, no deben permanecer ajenos a ello, y como tal, les compete una doble responsabilidad. Por un lado, en la contribución a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género. Por otro lado, con un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito sin el debido análisis que interprete el contexto de violencia de género en el cual la conducta se encuentre inmersa, debido a que esta es sólo la expresión más palpable de un conflicto social que le subyace y que no es debidamente atendido.

La asunción de esa responsabilidad implica, en parte, el deber de escuchar y tomar seriamente las declaraciones de una persona que dice ser víctima de una situación de violencia por razones de género, como bien realizó la jueza interviniente en la instancia anterior. Ello en tanto ha escuchado a las partes y ha tomado en consideración todo el plexo probatorio aportado en los diversos expedientes de forma integral para así darle sentido jurídico a los hechos imputados a M. R. C. en las presentes actuaciones. El equilibrio probatorio que afirma es el resultado de sopesar el hecho objetivo de que M. R. C. se trasladó a la Ciudad de B. A. a pesar de tener conocimiento de que existía una prohibición de modificar el centro de vida de su hijo y que durante ese tiempo José Lima no pudo fácticamente tener contacto con el niño, con el contexto de violencia de género que denunciado, del que se aportó basto material probatorio.

c. Consideraciones acerca de los delitos atribuidos a la acusada

Ahora bien, estimo que si bien la magistrada sentenciante consideró que existía equilibrio probatorio para absolver y que ello decidía la resolución del caso, razones diversas me permiten llegar a la misma solución del caso respecto de la absolución de M. R. C.

El Ministerio Público Fiscal imputó a M. R. C. la comisión de hechos que encuadró en la figura del impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia de la orden judicial dictada por el Sexto Juzgado de Familia de prohibición de modificación del centro de vida del niño (Ley nacional 24.270 arts. 1, segundo párrafo, y 2, primer párrafo, y arts. 55 y 239 del CP).

Como bien ha sido abordado por la jueza de la instancia previa, el día 6 de noviembre de 2017 por la tarde, en el domicilio de J. L., el denunciante de autos agredió físicamente a M. R. C. en presencia del hijo de ambos, situación de la cual esta pudo huir y denunciar ante la oficina fiscal correspondiente. Sin embargo, las conductas de J. L. no cesaron en ese momento, sino que continuaron con la búsqueda incesante en los lugares en lo que podía resguardarse M. R. C. con su hijo, lo que podría esbozarse como una situación de agresión inminente por parte de J.L. hacia M.R.C.. Como consecuencia, ésta, luego de asistir dos veces ante las autoridades fiscales para denunciar los sucesos, decidió ejercer su derecho a eludir el ataque inminente hacia su persona.

En ese contexto M.R.C. se llevó al hijo de ambos que se encontraba con ella y que había presenciado las agresiones contra su madre producidas horas antes en el domicilio de J.L.. Ello me permite realizar dos afirmaciones. En primer lugar, que el ataque por parte del denunciante contra R. C. delante del niño también configura una agresión para él, como mínimo en el sentido de una agresión psíquica por la exposición a los malos tratos verbales y físicos contra su madre. En segundo lugar, que la experiencia permite sostener que no es improbable o excesivo pensar que el niño también estuviera en peligro ante conductas agresivas por parte del padre.

Asimismo, se encuentra acreditado en las constancias de la causa ya descritas que M.R.C. desde el momento que salió de la casa de J.L. hasta su establecimiento en la Ciudad de B. A. procuró someterse a disposición de los órganos judiciales poniendo en conocimiento cada decisión que tomaba y llevaba a cabo, con la posterior remisión de las probanzas que acreditan lo que iba informando al retirarse de la provincia, lo que brinda credibilidad a sus denuncias y declaraciones.

Con estas premisas de partida, ¿puede aseverarse que existió un impedimento de contacto de un padre con su hijo y la desobediencia a una orden judicial por la conducta de una mujer que huyó junto al niño para evitar una agresión en un contexto de violencia de género? Esta pregunta, en mi opinión, debe ser resuelta con atención no precisamente a la circunstancia de quién causó la lesión, sino en quién fue competente por los sucesos lesivos. En otros términos, la cuestión debe ser reconducida en términos de imputación objetiva.

Cuando se produce un determinado hecho lesivo pueden existir diversas explicaciones al respecto. Ejemplo de ello puede ser que el comportamiento del autor explique el conflicto. En el caso de autos nos estaríamos refiriendo a la conducta de la madre, núcleo central de la tesis acusatoria. También, el suceso lesivo podría explicarse por el comportamiento de una tercera persona, como bien refiere el tipo penal previsto en la ley 24.270. Finalmente, puede ser posible que el conflicto se explique por quien ha sido afectado por la conducta, es decir en el caso de autos por el comportamiento del padre, esta última hipótesis es la que transformaremos en tesis a continuación.

En este sentido, entiendo que el comportamiento del padre agresor en el contexto de violencia de género descrito en el apartado anterior es el que explica la elusión de la agresión llevada adelante por R. C., retirándose de la provincia de la M., y procurando el salvamento del hijo de, al menos, presenciar la inminente situación de violencia; lo que entiendo también genera una situación de violencia para el niño. En otras palabras, el padre que ejerce violencia contra la madre delante de su hijo, también ejerce violencia contra este último en su faz psicológica al someterlo a presenciar aquellos actos.

La pregunta relevante que surge entonces es ¿puede considerarse al padre responsable del conflicto generado? La respuesta, a mi criterio, es afirmativa. Ello en tanto J. .a es quien agredió físicamente a M. R. C. en su domicilio y a partir de allí continuó buscándola incesantemente en los pocos lugares en lo que podía resguardarse que, como se ha dicho, M. R. C., eran de conocimiento de su ex pareja. Acredita lo denunciado por M. R. C. lo declarado por N. C. durante el debate.

Así, esto explica que al haber sido J. L. el generador del contexto de violencia de género vivenciados por madre e hijo, si bien es R. C. quien se traslada a la Ciudad de B. A. junto al niño, es competencia del padre agresor el haber generado las situaciones de violencia y peligro para la integridad personal de M. R. C. y la exposición al riesgo del menor de edad. Dicho de otro modo, a pesar de ser la madre quien fácticamente

se llevó consigo al niño, la explicación del conflicto nos reconduce necesariamente al comportamiento del agresor, por lo que este último es competente por los sucesos lesivos ocurridos y no ella.

Por su parte, y con relación a la figura tipificada en el art. 239 del CP, es posible formular dos razonamientos que demuestran que el mismo no se ha configurado. Por un lado, bien podría afirmarse que M. R. C. desobedeció la orden para salvaguardar su vida y resguardar la salud física y psicológica de su hijo. Ello se traduciría en un estado de necesidad agresivo, en la medida en que causo un mal para evitar otro mayor al que fue extraño. Sin embargo, entiendo relevante aclarar que el peligro del que procuró resguardarse M. R. C. es reconducible a la actuación de José Lima y no el mero infortunio de un evento de la naturaleza, lo que poseería una estructura similar a la de la autoría mediata. Es decir, es el padre del niño quien puso a la madre en la situación de tener como única opción la conducta realizada y por ello habría una instrumentalización de aquélla para actuar como lo hizo.

Por otro lado, entiendo que concurren razones que impiden sostener que R. C. haya desobedecido la orden judicial y no se sometió a la autoridad judicial, las que surgen de las actuaciones que constan en la causa y de los hechos ocurridos en contexto de violencia de género y agresión inminente bajo la que se encontraba. Así, ha quedado acreditado en las constancias de la causa que M. R. C. desde el momento en que logró huir del domicilio de J. L. acudió al sistema judicial para poner en conocimiento de cada uno de sucesos que estaban ocurriendo y se sometió a su jurisdicción. En efecto, consta en las actuaciones su asistencia en dos ocasiones durante la noche del 6 de noviembre de 2017 a la oficina fiscal a denunciar las comunicaciones telefónicas, informando su partida hacia la Ciudad de B. A. De igual manera, también obran en la causa la denuncia ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su informe a oficina fiscal de M. de ello, entre otros. En este sentido, los hechos acreditados demuestran que el control sobre el ejercicio de los derechos del niño y del padre, en cuanto a régimen de comunicación se trata, nunca fueron ajenos al sistema de justicia. Conforme a lo explicado, puede decirse que fácticamente no hubo desobediencia a la orden judicial en la medida en que M. R. C. siempre se sometió a la autoridad judicial informando cada decisión y conducta que llevaba a cabo, con la posterior remisión de las constancias que acreditaron lo explicado por ella en cada momento. Por ello, entiendo que ha quedado acreditado en autos que no existió la desobediencia atribuida, así como tampoco evasión a la autoridad judicial, sino un sometimiento constante a la autoridades judiciales por parte de M. ha quedado acreditado en autos. Pero, aun cuando se considerara haber existido desobediencia, este se explicaría por el comportamiento del padre agresor que llevó a M. R. C. a huir de la provincia para asegurar su integridad personal y resguardar la salud física y psicológica de su hijo. Ello, tampoco conduciría a la responsabilidad de M. R. C..

En síntesis, y como se explicó, por una parte, y con relación al impedimento de contacto, la partida de M. R. C. de la provincia de M. junto a su hijo hacia la Ciudad de B. A. constituye la elusión de una agresión ya inminente en un evidente en un contexto de violencia de género reconducible a J.L.. Por otra parte, respecto a la desobediencia de la orden judicial, el sometimiento constante de M. R. C. a la autoridad judicial desde el comienzo de los hechos investigados impide concluir, también, sobre la concurrencia de la figura atribuida.

En conclusión, luego de analizar el plexo probatorio y las constancias de la causa estimo que no le asiste razón al recurrente en cuanto a su afirmación de que existen suficientes elementos para condenar a M.

R. C. por los hechos objeto de investigación en las presentes actuaciones. De tal manera, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

I.- Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la parte querellante. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En función de ello entendí -en términos aplicables al sub lite- que «[e]n el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres)».

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para llegar a la solución absolutoria adoptó la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

II.- En otro orden, no puedo dejar de señalar que en la presente causa no se adoptaron las medidas conducentes a la prevención de la integridad y vida de la mujer víctima de violencia de género contemplada en las convenciones internacionales, con el fin de evitar la reiteración de los hechos de violencia.

Preliminarmente, no debe soslayarse que la realidad demuestra que son los medios de comunicación y las redes sociales las que visibilizan la temática, ante los escasos datos estadísticos disponibles. Si bien nuestro país posee una variedad de instrumentos normativos, jurídicos y recursos de protección, no siempre garantizan la efectiva y oportuna protección a las mujeres víctimas de violencia. Ello deriva en que pocas mujeres acuden al sistema judicial para exigir la garantía de su derecho a una vida libre de

violencia; y cuando lo hacen, son altísimos y diversos los impedimentos y requisitos que imposibilitan un acceso rápido, ágil y efectivo para lograr la protección de sus derechos.

De este modo, del relato de los hechos detallados precedentemente en el voto de mi colega preopinante, se advierte que M. R. C., la que no es oriunda de esta provincia y que se encontraba temporalmente en Mendoza; el día 6 de noviembre de 2017, luego de haber sido sometida a hechos de violencia por parte de su ex pareja, solicitó dos veces ayuda al servicio de emergencia 911, la cual no tuvo respuesta del personal policial.

En ese contexto, se resalta que la Sra. R.C. debió tomar decisiones inmersas en una situación de extremo estrés y vulnerabilidad, sin embargo, siempre insistió en pedir ayuda o auxilio a los órganos estatales del sistema de seguridad pública.

Es decir, ante la inacción de las fuerzas policiales, se dirigió al sistema judicial, en dos oportunidades a la Oficina Fiscal N° 18, del Barrio U., siendo en la última ocasión derivada a la Unidad Fiscal N° 9 de G., exponiendo en todo momento que no tenía en la provincia muchas personas a las que acudir y que su ex pareja era consciente de ello.

Frente a la pasividad demostrada por el sistema judicial y el temor de no encontrar garantías suficientes de resguardo, tomó la decisión de salir de la provincia y dirigirse a B. A., donde reside su familia. Posteriormente, y ya en la referida provincia, denunció los hechos acontecidos ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Claramente, se advierte que el Estado provincial no comprende, no acompaña ni actúa frente a lo que le sucede a una mujer víctima de violencia de género, inmersa en el ciclo de violencia. Es decir, se evidencia una deficiente política pública, como así también, un déficit en el abordaje integral en materia de violencia de género.

En efecto, no hay una concientización para incorporar la perspectiva de género en todo lo concerniente a las políticas públicas y sociales, lo cual implica que los responsables de su definición, diseño, implementación y seguimiento no puedan identificarlas y ejecutarlas desde el paradigma de protección de las niñas, adolescentes y mujeres. Esto requiere deconstruir modelos, un profundo cambio de mirada y una revisión permanente de las acciones que se instauran.

En este sentido, «[l]a estrategia de compromiso político del Secretario General de las Naciones Unidas para poner fin a la violencia contra las mujeres para el 2020-2021, insta a los gobiernos a tomar las siguientes acciones: † Financiar prioritariamente un paquete de servicios esenciales que incluya la prevención de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, Prevenir con políticas nacionales de tolerancia cero hacia la violencia de género contra las mujeres † Responder con medidas explícitas para que los servicios a las sobrevivientes de violencia de género se mantengan o que se adopten como servicios esenciales y se garantice el acceso continuo al sistema de justicia penal. † Recopilar datos para mejorar servicios y programas de violencia de género» (<https://www.cepal.org/es/publicaciones/46422-enfrentar-la-violencia-mujeres-ninas-durante-despuesla-pandemia-covid-19>, consultado 02/03/2021).

En concreto, una de las limitantes que padeció la víctima, no sólo se trató de la inacción de los operadores públicos, sino la desconexión de los datos, y frente a ello, la falta de respuesta y contención del Estado. Dicho de otra manera, la disponibilidad de la información se encuentra parcializada, fragmentada, dispersa y excesivamente focalizada.

Es así que, cursando el siglo XXI y con el avance tecnológico existente, es menester la incorporación e implementación de sistemas digitales interoperativos e interoperables entre todos los órganos estatales, que permitan el almacenamiento y consulta de información en materia de violencia de género garantizando el uso y disponibilidad de los datos, siempre bajo los lineamientos de seguridad y protección de datos personales (Ley 25.326) y la no victimización o exposición de mujeres.

Esta situación no es ajena al propio Poder Judicial de Mendoza, que resuelve de manera individual, particular, sectorizada, sin decisiones o visiones sistémicas, sin integrar y consolidar datos, sumado a la excesiva temporalidad en lograr una respuesta.

En el presente caso, ningún órgano estatal disparó alguna alerta, no hubo posibilidad de que la víctima pudiera tener acceso a la información, por ejemplo, de hogares de día o de cuidado, como herramienta o mecanismo de contención, en especial, con la dificultad que tenía al no ser una persona oriunda de esta provincia.

Es decir, la información no se encuentra disponible, accesible, de fácil comprensión y asequible por parte de las/los ciudadanos, cuando en pleno siglo XXI, el desarrollo de la información y el uso de las nuevas tecnologías, al menos desde un celular, se encuentra masificado.

Por otro lado, se advierte que la red de organismos públicos y actores estatales involucrados en el caso dan cuenta de que no se da respuesta en tiempo oportuno o razonable a la problemática de las mujeres inmersas en distintas situaciones de vulnerabilidad.

Del mismo modo, es paradigmático que estemos transitando este siglo, de gran presencia en el despliegue de las nuevas tecnologías, y no podamos contar con una base de datos digital integrada que permita identificar casos de riesgo y vulnerabilidad en materia de violencia de género.

Así, «[e]n la mayoría de los países de la región, el ciudadano asume un rol de mensajero para completar sus trámites. En efecto, el 40% de los trámites que se hacen en la región son de identidad o registro (Latinobarómetro, 2017). Esto sucede en gran parte porque no hay suficiente coordinación entre las instituciones del gobierno, que no se comunican entre sí ni intercambian la información que ya tienen acerca de los ciudadanos» (Benjamín Roseth, Angela Reyes, Carlos Santiso, editores, 2018, Fin del trámite eterno: ciudadanos, burocracia y gobierno digital, BID, p. 25).

En este sentido, Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha dicho recientemente «[...] tenemos que recopilar y desagregar datos, romper el silencio estadístico, con la participación de todos los actores de la sociedad» (Alicia Bárcena: Llamamos a un compromiso reforzado para erradicar la “pandemia en la sombra” de la violencia contra las mujeres y las niñas en la región en versión electrónica:<https://www.cepal.org/es/comunicados/alicia-barcena-llamamos-un-compromiso-reforzadoerradicar-la-pandemia-la-sombra-la>, consultado 1/03/21), pero especialmente, en cabeza y responsabilidad del estado, en nuestro caso, del estado provincial.

Ello por cuanto «[l]a recurrencia de agresiones graves contra mujeres y niñas interpela a la sociedad en su conjunto y vuelve urgente la acción colectiva. La atención, la protección y la restitución de derechos de quienes han atravesado situaciones de violencia doméstica exigen el esfuerzo mancomunado de instituciones y organizaciones diversas» (Valdés, René Mauricio, Coordinador Residente Sistema de Naciones Unidas en Argentina, texto publicado por la Oficina de la Mujer-Corte Suprema de Justicia de la

Nación, material utilizado en el Curso Taller sobre violencia doméstica - Oficina de la Mujer - CSJN - Comisión Nacional de Acceso a justicia - Dirección de la Mujer - Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

En definitiva, –según advierto– el Ministerio Público Fiscal debió considerar el marco normativo que define nuevas políticas criminales para este sector vulnerable de la población, al establecer la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre y hacia la mujer.

En esta misma línea, art. 7° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley N° 24.632/96, en su artículo 7, estipula en tal sentido que los Estados Partes convienen en que deben: «b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», «d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad», y «f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos».

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa en el art. 2 que: «Los Estados Partes ...se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación».

En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas...» (Recomendación general num. 35).

Se concluye de todo lo reseñado que frente a un proceso penal en trámite, donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta condición necesaria para que los distintos operadores del derecho puedan cumplir con su cometido de sancionar ese tipo de delitos, que sea preservada durante la tramitación del proceso la integridad psico-física de la mujer, asegurando de esta forma, un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que: «el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos» (Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**, supra nota 4, párr. 199).

De igual modo, en el caso «**Kawas Fernández**», la Corte aceptó la aplicación de medidas provisionales necesarias para asegurar eficazmente la protección de la vida e integridad de un testigo, indicando que para cumplir con la obligación de investigar, conforme al artículo 1.1 de la Convención, el Estado debía haber adoptado de oficio y de forma inmediata las medidas suficientes de protección integral e investigación frente a todo acto de coacción, intimidaciones y amenazas a testigos e investigadores (Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**, Solicitud de Medidas Provisionales, 29/11/2008).

Lo analizado resulta relevante, en tanto las omisiones por parte de los distintos agentes estatales en el caso bajo estudio, puede configurar un caso de violencia institucional contra la mujer, susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos. Al respecto, la referida ley 26.485 define esta modalidad de violencia como «[...] aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley [...]» (art. 6 inc. b).

En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver las cuestiones propuestas en los agravios desarrollados en el recurso de casación articulado por el querellante particular, coincido con la solución a la que se arriba el voto preopinante respecto del rechazo de la impugnación y la consecuente confirmación de la sentencia absolutoria dictada por la jueza de la instancia anterior, pero estimo oportuno señalar que difiero con los fundamentos jurídicos reseñados al efecto. Ello, en tanto, adelanto desde ya, que entiendo en autos cabe resolver, tal como lo hizo la sentenciante, por el principio de la duda previsto en el art. 2 del CPP.

Someramente, en todo proceso penal la duda es un estado subjetivo que existe desde el inicio mismo de las actuaciones y es el órgano encargado de la investigación penal preparatoria quien debe disiparla con su actividad procesal en orden a la obtención de pruebas que permitan despejar esas dudas respecto del esclarecimiento de los hechos objeto del proceso.

Esa duda, como bien señalan todos los autores, deben ser aclaradas antes de la resolución final pero sin embargo, y adelanto que entiendo es lo acontecido, al momento de la sentencia puede persistir y el juzgador debe resolver tal como se lo exige la norma procesal, haciendo aplicación del principio del in dubio pro reo absolviendo al acusado.

Como señala la doctrina local: «[D]esde el punto de vista que aquí interesa la duda juega como concepto opuesto al de certeza. Ambos son estados subjetivos del juez y para su análisis es necesario adentrarse en la teoría del conocimiento ... la certeza implica un estado subjetivo del juez en virtud del cual tiene el pleno convencimiento de que a través de la prueba legalmente introducida al proceso ha podido llegar a reconstruir el hecho histórico objeto del proceso. Por el contrario, la duda es un estado subjetivo en el cual existe una situación de ambivalencia. Se piensa en la posibilidad de estar en posesión de la verdad,

pero a la vez se advierte la existencia de elementos de juicio que controvierten esa posibilidad. Y no hay en el proceso modo de traspasar esa situación en la que concurren elementos positivos y negativos» (Coussirat, Jorge Alfredo y otros, "Código Procesal Comentado de la Provincia de Mendoza", T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 28).

Principalmente y dado que los antecedentes de la causa y los argumentos del recurrente han sido compendiados por el voto preopinante, debo señalar que el querellante particular considera que la sentencia deviene argumentativamente contradictoria, en tanto refiere por momentos la existencia de equilibrio entre los elementos de cargo y de descargo impositivos de alcanzar el grado de certeza requerido para una sentencia de condena, para luego esbozar supuestos de atipicidad y/o de justificación que la tornan ininteligible y en este camino argumental, violatorio del debido proceso, del derecho de defensa y del derecho a recurrirla en forma eficaz.

A tal efecto considera que la jueza a quo afirma de manera dogmática la existencia de tal equilibrio al omitir mencionar y ponderar cuáles son los elementos de cargo y de descargo para arribar a dicho equilibrio, ostentando una fundamentación aparente y global y apartándose de las constancias de la causa que, a su juicio, dicen lo contrario, con basamento exclusivo en los dichos de la acusada en el debate, cuando tanto para el acusador público como para su parte, esta última no hizo sino reconocer lisa y llanamente los hechos sino que además estos dichos debieron ser valorados a la luz de la pericia de fs. 129 de los autos P-152.535/17 venidos AEV.

Cuestiona también la sentencia en cuanto referencia que el caso debió ser remitido a la justicia de familia siendo el Derecho Penal la última ratio, al señalar que se estaba frente a un despropósito procesal, reiterándose aquel interrogatorio acerca del motivo de la absolución, añadiendo violación a la sana crítica racional al no respetarse los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido. También indica que si bien el órgano jurisdiccional tiene libertad para meritar aquellos elementos probatorios que considera decisivos para sentenciar, ello encuentra un límite en las disposiciones del art. 416 inc. 4 del CPP.

Afirma que la sentencia dedica gran parte del tiempo en sostener que la presente causa no se analizó en un contexto general, concretamente respecto a los autos venidos AEV, contexto de violencia de género y no un mero incumplimiento familiar y yendo más allá entiende que la misma se ha pronunciado respecto de una causa en la que carece de jurisdicción y competencia pronunciándose acerca de la culpabilidad de su mandante con violación a las disposiciones del art. 198, inc. 1 del CPP y del principio de inocencia y non bis in ídem, tratándose de dos objetos procesales distintos, uno de ellos en estado de investigación.

Por último sostiene que no existe estado de necesidad alguno, pues el mal mayor era precisamente llevar al niño lejos de su centro de vida, tal como había ordenado la justicia de familia, y en respeto no solo de las convenciones y legislación que protegen a la mujer sino convenciones y leyes que protegen los derechos del niño que a su juicio han sido vulnerados.

Concluye que la sentencia adolece de los vicios de fundamentación aludidos que impiden tenerla como un acto jurisdiccionalmente válido debiendo ser fulminada de nulidad absoluta (arts. 155, 198, 199 y 416 inc. 4° del CPP). Por ello solicita que oportunamente se ordene su reenvío o en su caso, se falle condenando a la imputada a la pena oportunamente peticionada.

Como adelanté coincido con la solución arribada en la instancia previa en cuanto absuelve por el beneficio de la duda a la acusada de autos, no obstante referencias aisladas de las que se toma puntillosamente el

querellante, pero que claramente no resultan los argumentos por los cuales se dicta la sentencia absolutoria.

Tengo para mí también, como así lo he sostenido ya en los precedentes «Mejía», «Ojeda Pérez», «Calderón Polo» entre otros, que resulta imperioso un análisis completo y pormenorizado del contexto en el que se producen los hechos, más cuando nos enfrentamos a cuestiones vinculadas a disputas familiares y/o de violencia doméstica o de género.

En este sentido ha hecho mucho hincapié el querellante en intentar dejar en claro que los hechos que motivaron los autos N° P-152.535/17 resultan «otros hechos», y que ello no incide en la tipificación y consumación de los delitos que se dilucidan aquí. Además, sostiene que la jueza se ha arrogado jurisdicción y competencia en ellos al afirmar la culpabilidad de José Lima en esos hechos.

Cierto es que se trata de otros hechos. También lo es que los mismos se hallan pendientes de resolver, en investigación penal preparatoria y en consecuencia, lo asiste al acusado el principio de inocencia hasta que en ellos recaiga sentencia definitiva.

Sin embargo, los hechos investigados en la presente causa deben ser analizados dentro del contexto en que los mismos se sucedieron, pues comparto con la sentenciante que fueron éstos el motivo que determinara a la acusada a trasladarse a B. A. junto a su hijo menor de edad; porque resultan prueba debidamente incorporada en autos y porque, entre otras cosas, la pericia que la misma querella invoca en su favor se ha rendido en esas actuaciones.

A ello debe sumarse que durante el transcurso del debate declaró el querellante, Marcelo José Lima, e hizo lo propio la acusada, M. R. C.. Ambos brindaron dos versiones diametralmente opuestas a lo acontecido el día 06 de noviembre de 2017, un día antes de la radicación de la denuncia que encabeza estos obrados. Por un lado, J. L. sostuvo que nunca estuvo con R. y que, por el contrario, fue ésta quien le requería, telefónicamente, ir a su domicilio a fin de buscar ropa para su hijo porque se le había ensuciado la que llevaba habiendo, incluso ese mismo día comparecido a una escribanía en la que esperó afuera para no encontrarse con R. asistiendo en su representación su abogada. Por el otro, ésta afirma haber ido hasta el domicilio de éste con el hijo menor de ambos, haber sufrido lesiones y haber sido atada con un cable a una mesa impidiendo que se retirase; versión esta coincidente con la denuncia de fs. 1/5 de los autos N° P-152.535/17, logrando escaparse en momentos en que éste se dirigiera al baño.

Adujo también J.L. que, como ya la conocía y ya le había hecho otras denuncias falsas de las que resultó sobreseído, brindando datos de los mismos al propio fiscal y querellante, evitaba encontrarse con ella, justificando de este modo la razón por la que no ingresara a la escribanía y negara que ella ingresara a su domicilio ese día 6 de noviembre de 2017, mencionando que el régimen de visitas y comunicación lo canalizaba a través de su hermano o de sus padres.

Relató largamente lo acontecido en estos obrados, el modo en que tomó conocimiento de la ausencia del menor, las diligencias practicadas para dar con su paradero que incluyeron tareas de investigación contratadas, hechos anteriores de similar tenor acaecidos en el mes de junio de 2017 y que desembocaron en un acuerdo privado luego de una medida precautoria por ante la justicia de familia, trámites sobre los que también tanto el fiscal como el querellante lo interrogaron al efecto, refiriendo que al momento de presentarse a radicar la denuncia es cuando resultó imputado, sin mediar palabra, en los autos N° P-152.535/17.

Contrariamente, M. R. se ajustó al relato de los hechos del día 6 de Noviembre de 2017 de la denuncia y declaración testimonial posterior de fs. 08/09, refirió circunstancias anteriores de violencia verbal, y adujo temor y falta de contención por encontrarse sola en M. a, sin familia, sin tener adónde ir, decidiendo por ello trasladarse por sus propios medios en busca de la contención de su familia a B. A., dando cuenta de cada uno de sus pasos a la justicia en forma inmediata.

El relato de R. C. encontró corroboración, en las llamadas al CEO que dijo haber realizado y que dan cuenta fs. 124 y vta. las constancias de lesiones y daños en la ropa del acta de visu de fs. 30. Del mismo modo cabe considerar el testimonio rendido en el debate por N. N. C., quien no sólo corrobora que iba a asilar en su hogar a R. y su hijo V. esa noche sino que fue ella misma, ante temores fundados en la presencia de una camioneta en el callejón de su domicilio, y que creyó podía ser la de J. L., quien le solicitó que no compareciera a su domicilio aportando circunstancias coincidentes acerca del hecho que le refiriera la propia R. con posterioridad al quedarse ella intranquila por lo acontecido. Del mismo modo, adujo haber recibido amenazas que si bien deduce provinieron de J.L., el tenor de las mismas, coinciden con su rol de testigo de los hechos, haciendo mención también a que radicó la pertinente denuncia y aportó la captura de pantalla a la autoridad policial sin haber obtenido luego ninguna respuesta.

Sin embargo, como afirmara con anterioridad, la presente denuncia se halla en plena investigación fiscal sin siquiera requerimiento de citación a juicio. No obstante, estimo que las probanzas reseñadas deben ser consideradas indicios que deben ser analizados con el resto del plexo probatorio.

Cierto es también que, tal como surge de las constancias de fs. 28, fs. 37 y 38 y fs. 45/63 de los autos venidos AEV N° P-152.535/17, M. R. se sujetó a la autoridad judicial tanto de nuestra jurisdicción, a la que le informara que estaba en la provincia de B.A. y le aportara su número de teléfono, así como la fotografía del certificado médico de su atención en la provincia de S.L., como de B. A. a través de su comparecencia a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiendo respecto de éstos la misma calidad de indicios que hemos sostenido en el párrafo anterior. Del mismo modo, la constancia de fs. 28 se agrega a fs. 13 y 14 de los presentes obrados y fs. 21. Ello así por cuanto ambos expedientes, claramente vinculados, se originaron en la misma Oficina Fiscal N° 18 de Guaymallén, lo que además explica por qué razón fue imputado en los autos N° P-152.535/17 José Lima no bien llegó a radicar la denuncia en estos obrados, como lo señalara en el debate.

El denunciante, sí corroboró el trámite realizado ese día en la escribanía por R., tal como surge de fs. 73 de los autos AEV pero, sin embargo, no surge la hora en la que dicho trámite se efectuara ni quiénes comparecieron además de ésta. Por otra parte tampoco se ha rendido en esa causa el testimonio del hermano o de los padres de éste, ni ofrecido en éstos los mismos a fin de que pudieran aportar elementos de juicio corroborativos. A su vez, ni siquiera se amplió la denuncia que encabeza estas actuaciones, tal como sí se realizara recién en el debate.

Ahora bien, la sentenciante encontró como motivo central de la ausencia de certeza necesaria para una sentencia de condena –respecto de los extremos del hecho ilícito en cabeza de R. C.–, el despropósito probatorio que desembocó en un despropósito procesal en las actuaciones. Ello, pues debería haberse solucionado el conflicto en el fuero de familia, afirmación de la que se toma el querellante para aducir que se estaba refiriendo a un supuesto de falta de tipicidad y de ese modo argumentar en favor de la arbitrariedad de la sentencia por fundamentos contradictorios.

Sin embargo, efectivamente de la atenta compulsión de las actuaciones surge que ya a fs. 3/5 el propio denunciante acompaña convenio del Sexto Juzgado de Familia de fecha 26 de octubre de 2017, que a su vez dispuso se retomara el acuerdo de fecha 14/06/2016, con desistimiento de determinados expedientes, debidamente referenciados y del que surge la obligación de respetar el centro de vida del menor en Mendoza así como la denuncia del domicilio de la madre en calle P. de ciudad (ídem a fs. 72). A dichos expedientes se remiten permanentemente durante la instrucción de la presente causa y del registro audiovisual de la audiencia de debate se advierte claramente la falta de acabado conocimiento del trámite, constancias y medidas allí practicadas por las partes, pero por sobre todo por parte del representante del Ministerio Público Fiscal.

Del mismo modo a fs. 17/18 se agregan los antecedentes de J. L. y R. C.. El primero ostenta los autos N° P-51.411/16 por el delito de coacciones, N° P-16.628/16 por el delito de amenazas y N° P-152.535/17 por lesiones leves calificadas, ambos en calidad de acusado siendo la denunciante R. C.. A su vez, ésta fue denunciada en los autos N° P- 41.201/16 y N° P-45.085/16 por el delito de Impedimento de contacto.

El querellante se presenta a fs. 56/73 y denuncia la existencia de estos dos últimos expedientes y aduce que en los autos en los que se encuentra imputado ha sido sobreseído porque se ha tratado de causas falsas, acompañándose únicamente un impreso de sistema suscripto por el secretario de la UFI N° 5 de la que surgen que los mismos han sido archivados por sobreseimiento a fs. 66/67. Más aún, surge de fs. 77 que en fecha 27 de Noviembre de 2017 es el propio fiscal quien ordenó la acumulación de los autos N° P-41.201/16 y N° P-45.085/16 por guardar estrecha relación con éstos, situación que nunca acontece.

Este extenso relato, pero necesario, me persuaden respecto a que la solución arribada en la instancia anterior resulta adecuada y debidamente fundada. Ello así por cuanto desde el comienzo de la investigación ha surgido evidente la necesidad de contar, tanto con los expedientes que tramitaban por ante el fuero de familia como estos otros, más aun, que lo hacían en el propio fuero penal correccional.

Esta omisión en la investigación penal preparatoria, evidente en los interrogatorios a J. L. como a R. C. acerca del devenir del trámite de esos expedientes por parte del Ministerio Público Fiscal hubieran, en su caso, arrojado nuevos y fundados elementos de juicio, obtenidos de propia mano por el fiscal, para analizar tanto la existencia probable del hecho como asimismo la autoría de la acusada, guiando la investigación penal preparatoria a la obtención de los fines del proceso.

El análisis debido del contexto en que se sucedieron los hechos, debía ser completo, y ello importaba asirse de todos los elementos probatorios que estaban, desde el comienzo, a disposición del titular de la acción y que surgían de las constancias de autos.

Como sostuve en el precedente «Domínguez, Daniel», en toda causa penal, la investigación y el juzgamiento de los hechos deben estar situados en el contexto en que han ocurrido, y resulta indiciaria, prima facie, la prueba producida en los autos venidos ad effectum videndi. En las presentes actuaciones podríamos encontrarnos ante un contexto de violencia de género que impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima (Ley 27.372). Pero, además, ese mismo contexto fáctico también requiere atender al interés superior del niño, niña y adolescente (art. 3 de la ley 26.061).

En este sentido toda sentencia debe asumir una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación de la ley 26.485 que exhorta a los operadores judiciales -ante un hecho ocurrido en contexto de violencia de género- a valorar todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes y que la perspectiva o visión de género es una «categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad» (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017) La idea de igualdad surge también del texto constitucional -art. 16 de la CN y 7 de la CMza- y de la normativa internacional -Convención Belem Do Pará, art. 4 inc. f, entre otros (al respecto, ver los precedentes «Ojeda Pérez», «Mejía», «Calderón Polo», entre los más relevantes).

Del mismo modo también he destacado, en los precedentes referidos, que aquella ley ha impuesto un verdadero deber jurídico para todos los operadores del sistema de administración de justicia vinculado con la metodología de abordaje de este conjunto de conductas delictivas siendo sus destinatarios directos los órganos decisores en los procesos judiciales penales durante la investigación así como también al momento de su juzgamiento (arts. 16 y 31 Ley 26.485, que no introduce un nuevo método de valoración probatoria en casos de violencia de género, que sigue siendo el sistema de la sana crítica racional (arts. 206 y 409 del CPP) siendo su acierto establecer en forma igualitaria un método de valoración que evite la discriminación que podía surgir de prácticas derivadas de una cultura jurídica patriarcal inquisitiva que es necesario erradicar así como que el juez no debe apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particularidades de cada caso concreto, y debe atender no solo a los bienes jurídicos protegidos en las normas en juego sino a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas siendo el contexto del hecho el que determina el modo de apreciar el elemento probatorio con valor fundamental en el caso del testimonio de la víctima de violencia de género.

Todo ello me persuade acerca de que, desde el inicio de ambos expedientes surgía clara no sólo la vinculación de ambas causas sino la existencia del mentado contexto, debiendo ser éste quien guiara correctamente al Ministerio Público en su tarea investigativa y pudiera, en su caso, en un análisis debidamente contextualizado, ahondar en el plexo probatorio que le permitiera acreditar los extremos de la acusación.

En conclusión, estimo que la sentencia analizada cumple con el requisito de contener la «exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen» según dispone el inc. 2 del art. 411 del CPP y que su fundamentación no es aparente ni contradictoria según exige el inc. 4 del art. 416 del CPP como condición de validez, habiendo dado razones suficientes, en base a la sana crítica, las reglas del recto razonamiento y la experiencia común.

Por las razones expuestas considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada; por lo que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia cuestionada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO A. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la querrela particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Capítulo X.

Incumplimiento de deberes de asistencia familiar.

CAPÍTULO X. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

Ley 13944. Art. 4 CP.

ARTICULO 1º.- Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido. (Montos de la multa sustituidos por art. 1º punto 11 de la Ley Nº 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTICULO 2º.- En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:

- a) El hijo, con respecto a los padres impedidos;
- b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;
- c) El tuto, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;
- d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

ARTICULO 2º bis.- Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 24.029 B.O. 18/12/1991)

ARTICULO 3º.- La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

ARTICULO 4º.- Agrégase al artículo 73 del Código Penal el siguiente inciso: “**5º:** incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge”.

ARTICULO 5º.- La presente Ley se tendrá por incorporada al Código Penal.

ARTICULO 6º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a 15 de setiembre del Año del Libertador General San Martín, 1950.

1- BUENANUEVA. 04-08-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPC
														476
VG	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210804_FcBAM.pdf

Lex: Ley 13944. Ley 26061. Ley 27372. CDN. Ley 23849. Ley 26485.

Vox: Incumplimiento de deberes de asistencia familiar. Violación del principio de congruencia procesal. VG por violencia económica. Ausencia de motivación.

Summa:

El JPC absolvió a M. A. B. A. del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944) por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

La **Asesora de NNA** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que el recurso debe ser acogido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida - 3° CJ, anulando el debate efectuado, la sentencia N° 4.554 y sus fundamentos vertidos en forma oral, dictada por el JPC N° 1 -3° CJ, y ordenó la remisión a dicho juzgado a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (Art. 486 CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4554, pronunciada por el JPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Videla. 22-08-18. (LS. 391:234) 22-08-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDgxOTkzNjA=&tabla=c2M=>
- Marinozzi (LS. 407:166)
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDAzNDE=&tabla=c2M=>
- Concha Jesús. 20-09-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b- CSJN

- 328:2870. H. R. S. y P. N. H. de S. 02-08-05:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11846>
- 321:589.
- 318:1269. Wilner. 14-06-95:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4983>

- 328:3399. Casal. 20-09-05:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1696371658214>

Doctrina citada

MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal. Actos Procesales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. T. III, p. 340.

CHAIA, Rubén, “La prueba en el proceso penal”, 2° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2.013, pág. 191

Parágrafo destacado

“...la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su contenido, un acto jurisdiccional válido. Ello por cuanto se verifica con meridiana claridad una ausencia de fundamentación, pues la decisión del juez a quo de absolver al acusado se basó en una arbitraria, fragmentada y descontextualizada apreciación de los hechos en función de la valoración de la prueba obrante en la causa. Todo ello sin dar una respuesta una completa y debidamente motivada a la hipótesis acusatoria que conformó la teoría del caso del órgano acusador, ni integrar en el razonamiento absolutorio las consideraciones efectuadas por quien intervino durante el proceso como representante complementaria de los menores de edad involucrados en el caso –art. 103 inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 16 y conc. de la ley 8.928–..”

SCJM. Dres. **Valerio.** Adaro. Palermo.

(A.E.P.)

Fallo

CUIJ: 13-05502199-0/1((038501-708704)) F C/ B. A. M. A. P/ IDAF (708704) (708704/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105681374*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05502199-0/1 caratulada "FC/ B. A., M. A. P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

La titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 4.554 de fecha 3 de diciembre de 2.020 y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, mediante la cual se absolvió a M. A. B. A. del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944) en la causa N° P-708.704/19 por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado absolvió al acusado M. A. B. A. del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por aplicación del principio in dubio pro reo. En el desarrollo de los fundamentos vertidos de forma oral, el juez a quo explicó que no existía prueba suficiente para superar el nivel de duda respecto de que el acusado, entre los meses de marzo del año 2.018 y noviembre de 2.019, se apartó de la voluntad de hacer los aportes suficientes para con sus hijos.

Ello por cuanto, al tratarse de un delito doloso de carácter omisivo, más allá de que tales aportes no fueron lo regular o lo deseable, la prueba no resultaba determinante para demostrar que no cumplió con su deber de alimentos. Para sustentar el estado de duda, el magistrado valoró las declaraciones testimoniales de M. A. V., A. M. B. y R. L. A., como así también los dichos del acusado en ejercicio de su defensa material, y demás prueba instrumental válidamente incorporada al debate.

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial interpone recurso extraordinario de casación,

fundando su crítica en el inciso 2 del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios in procedendo que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

En forma preliminar, la recurrente expone los motivos en los que sustenta su legitimación procesal para acudir a esta vía extraordinaria de revisión. En esa línea, señala que su capacidad recursiva emerge de lo resuelto por este Cuerpo quien, en sintonía con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re “**Morales**”), le reconoció capacidad de la Asesoría de Menores e Incapaces para recurrir en casación (in re “**Videla**” y “**Marinozzi**”).

Puntualiza en el carácter de orden público de la función que ejerce su ministerio, en tanto, en función de las normas vigentes, impone el deber de ejercer la facultad recursiva en todos los casos en que se hayan vulnerado los derechos esenciales de sus representados en juicio.

Acto seguido, desarrolla los puntos de agravio en los que sustenta su crítica. En primer lugar, considera que el juez a quo se apartó de los hechos incluidos en la acusación fiscal, lo que, a su criterio, supone una **violación del principio de congruencia procesal**. Ello por cuanto, si bien según surge de las constancias audiovisuales que registran el desarrollo del debate, el representante fiscal circunscribió temporalmente los hechos enrostrados al acusado dentro del período de tiempo comprendido entre el ... y el mes ..., el juez de la instancia previa se pronunció respecto del incumplimiento del delito intimado en un intervalo de tiempo significativamente menor, al limitar aquel aspecto circunstancial al período mencionado. **En virtud de esa incongruencia derivada de la inexistencia de correlación fáctica entre la acusación fiscal contenida en el requerimiento, la efectivizada en la audiencia de debate y la contenida en la sentencia, estima que la sentencia recurrida resulta nula, a los términos del art. 416 inc. 2 del rito penal.** En segundo lugar, la recurrente afirma que el sentenciante omitió valorar prueba de cargo esencial incorporada debidamente a la causa.

En este tópico, hace hincapié en la falta de consideración de las declaraciones brindadas durante la investigación penal preparatoria y en el debate por la denunciante de autos quien, en su carácter de madre de los niños involucrados, desconoció el contenido de los recibos de pagos parciales a los que hizo alusión el sentenciante. Agrega que tampoco fueron debidamente ponderadas las actuaciones judiciales contenidas en los expedientes provenientes de la justicia de familia, incorporados en carácter de A.E.V. a la presente causa, las que –en su criterio– desacreditan la conclusión a la que llega el sentenciante acerca de la inexistencia de dolo en el comportamiento omisivo del acusado.

En este tramo, menciona que las constancias obrantes en los autos N° 48.866/17, originarios del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, demuestran que la aquí denunciante demandó por alimentos a B. A. porque, pese a trabajar como mecánico de electricidad del automotor, nunca había aportado para la manutención de los hijos menores de edad que tienen en común.

Señala que si bien en el marco de esas actuaciones se arribó a un acuerdo judicial mediante el cual el acusado se comprometía a abonar una cuota alimentaria de dos mil pesos mensuales, pagaderos del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito bancario, aquel nunca lo cumplió con lo pactado, motivando con ello la solicitud de ejecución del mencionado convenio. En la misma línea, expresa que las actuaciones obrantes en los autos N° 50.906/19, tramitadas ante el mismo tribunal de familia referido, son una muestra más del injustificado incumplimiento del acusado de su deber de alimentos respecto de sus hijos

menores, ya que en ellas la aquí denunciante demanda judicialmente a la abuela paterna de sus representados –R. A.– a fin de garantizar su derecho humano a la vida y a la digna subsistencia. Señala que del mismo escrito de demanda surge el detalle de las necesidades básicas que atraviesan los niños, además de la referencia a que la accionante no tuvo otra alternativa de dirigirse contra la demandada porque el padre se ha desatendido por completo de las obligaciones alimentarias.

Manifiesta que luego de la celebración de una audiencia de conciliación, se arribó a un acuerdo judicial en el que la accionada asumía la obligación alimentaria subsidiaria de sus nietos, comprometiéndose a abonar el consumo de electricidad del hogar donde habitan los niños, que consistía aproximadamente en la suma de tres mil pesos. Puntualiza al respecto que la existencia de otros obligados alimentarios a prestar medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores impide que el acusado pueda excusarse de cumplir con su obligación. Refiere que esta circunstancia tampoco fue contemplada ni merituada por el juez de grado cuando razona sobre el modo en que el delito en cuestión se consuma. Por otra parte, aduce que tampoco se han valorado las constancias de los autos N° 64.599/19, también del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial.

Señala así que la jueza allí interviniente ordenó, como medida de protección, la prohibición de acercamiento del acusado a su esposa e hijos menores de edad en el marco de un contexto de violencia de género y de violencia intrafamiliar. Considera la impugnante que las circunstancias que motivaron esa medida han sido omitidas por el juez de sentencia, siendo que existía una denuncia penal en etapa de instrucción donde se investigaba el delito de tentativa de incendio agravado, presuntamente cometido por el hoy acusado, en la casa donde habitaba su ex esposa y los hijos en común.

De esta manera, concluye este punto de agravio y señala que el juez de grado, al no valorar estos tres expedientes provenientes de la justicia de familia, omitió cumplir con su deber de incorporar y sopesar en su decisorio la totalidad del plexo probatorio incorporado en autos. Esto, a su criterio, resulta determinante en el resultado absolutorio al que se arribó en el presente proceso, porque al tratarse el delito enrostrado de un delito omisivo y doloso, desde que las referidas actuaciones judiciales demuestran el desinterés del imputado en la subsistencia de sus hijos. En tercer lugar, señala que la sentencia viola las reglas de la sana crítica racional porque el juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el pago parcial de la obligación alimentaria a cargo del acusado (recibos de pago parcial con fecha 02/06/2019, 08/06/2019, 16/07/2019, 27/07/2019 y 26/08/2019), fundando exclusivamente esa premisa en el testimonio de A. M. B. –hermana del acusado– y con los dichos del propio acusado en ejercicio de su defensa material. Sin embargo, expresa que ese razonamiento es débil, parcial y arbitrario, porque el sentenciante no sólo omite valorar las pruebas referidas precedentemente sino que, además, nada expresa acerca de los otros veintinueve meses en los cuales no ha existido ningún tipo de cumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Al respecto manifiesta que el sentenciante ha valorado la voluntad de pago del acusado circunscribiéndose solamente a pagos parciales de tres meses, omitiendo analizar qué ocurrió en los otros períodos en los que no pagó. Agrega que esos pagos parciales que se consideran realizados por el acusado, y que fueron controvertidos por la denunciante, no pueden ser apreciados como demostración de intención de su parte de cumplir, porque resulta evidente que estas escasas oportunidades en las que habría ayudado económicamente a sus hijos fueron insuficientes, esporádicas y tardías, lo que demuestra la falta de interés o de intención por parte de B. de otorgar la ayuda necesaria a sus hijos menores de

edad. En línea con lo anterior, señala que el a quo yerra en su razonamiento cuando no analiza el carácter permanente del delito, apartándose también de doctrina y la jurisprudencia acerca de que la prestación alimentaria debe ser cumplida por el alimentante en forma regular y suficiente. Finalmente, entiende que la sentencia recurrida no cumple con los estándares mínimos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer operativo el interés superior del niño y otras normas convencionales. A lo que agrega que el juez de la instancia anterior también incurrió en la omisión de encuadrar el caso con enfoque y perspectiva de género, al no reparar en que la restricción al pago de cuotas alimentarias constituía una forma de violencia económica o patrimonial contra su ex pareja (art. 4 y 5.4 de la ley 26.485). En función de todo lo expuesto, el recurrente solicita se case la resolución impugnada, se declare la nulidad de la misma y se remita la causa al subrogante legal a los efectos de que dicte una nueva sentencia. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General, al analizar los agravios formulados en el escrito de impugnación, entiende que el recurso extraordinario promovido debe ser acogido en esta instancia (fs. 6/9 vta.).

En los mismos términos que la impugnante, refiere que la presentación casatoria reúne los recaudos de impugnabilidad subjetiva desde que, si bien su legitimidad procesal no está prevista expresamente en la legislación local, surge habilitada a través de la jurisprudencia de este Cuerpo que se ha pronunciado en anteriores fallos sobre este extremo en el sentido pretendido por la recurrente.

Por un lado, descarta que la diferencia en el período que comprende el delito para la acusación respecto del que señaló oralmente el juez a quo signifique una violación al principio de congruencia procesal. Entiende que aquella pudo deberse a un error material involuntario en la reproducción oral del requerimiento fiscal por parte del sentenciante, salvable con la aclaración pertinente.

Por otro lado, considera que le asiste razón a la recurrente en los demás agravios incoados en su escrito recursivo, particularmente en cuanto a la alegada omisión de valoración de prueba de cargo esencial.

En línea con ello, destaca que el testimonio de M. A. V. no ha sido debidamente valorado por el sentenciante porque no ponderó la salvedad que hiciera la testigo respecto del contenido de aquellos recibos que, incorporados a la causa, tuvieron por acreditado el cumplimiento parcial de la obligación alimentaria. Particularmente, cuando explicó que ellos instrumentaban aportes de la abuela paterna de sus hijos menores, y no del acusado como surge consignado en los mismos.

Subraya el valor de esta información, porque controvierte el peso convictivo que el juzgador le otorgó. En cuanto a la omisión de valoración de los expedientes del fuero de familia incorporados a la presente causa en carácter de A.E.V., comparte con la recurrente que no han sido debidamente valorados por el a quo, porque tanto la sentencia judicial que fija la cuota alimentaria a cargo del acusado, como el convenio celebrado con la abuela paterna de los hijos menores involucrados, comprueban el incumplimiento en la prestación de alimentos de B. A..

A su vez, advierte que la resolución judicial que ordenó la restricción de acercamiento, revela el contexto de violencia de género que rodeaba la realización del juicio por el delito investigado en autos, al resultar motivada en la tramitación de un expediente penal en el que se investiga la presunta comisión del delito de incendio atribuido prima facie al aquí encausado.

Comparte asimismo con la recurrente que el tribunal de sentencia no encuadró el ilícito enrostrado al acusado dentro del derecho convencional de los derechos humanos, que exige considerar la obligación de alimentos como una obligación con contenido extra patrimonial, relacionado a la vida y la subsistencia necesaria de los hijos menores de edad en una familia, y ésta toda, como sujeto pasivo del delito, y no de una persona determinada, como podría ser la ex pareja del acusado.

Del mismo modo coincide en cuanto al argumento por el que plantea que la sentencia en crisis no ha considerado el caso a partir de un enfoque con perspectiva de género.

Por todo ello, entiende que debe anularse la sentencia en crisis, ordenándose la remisión al tribunal subrogante a los fines de que se realice un nuevo juicio, en el que se tenga en cuenta todo el espectro probatorio, así como la incidencia del derecho convencional.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso formulado por la recurrente considero que corresponde su admisión y, en consecuencia, corresponde la anulación de la sentencia cuestionada.

Ello, puesto que le asiste razón al señalar que la resolución impugnada adolece de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido, desde que contiene argumentos criticables por ser arbitrarios.

Por estrictas cuestiones de orden lógico-expositivo, de acuerdo a las particularidades que presenta el caso bajo examen, conviene formular preliminarmente unas breves consideraciones referidas a la legitimidad procesal de la Asesoría de Menores para recurrir en casación un fallo que, en el presente caso, resulta de tipo absolutorio (a).

Luego de lo cual, y tras brindar los motivos por los que entiendo cabe reconocerle a la Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida la posibilidad formal de acudir en casación a esta etapa extraordinaria de revisión, ingresaré en el tratamiento de los agravios expuestos por esa parte, a través de los cuales sustenta su pretensión nulificante del fallo en crisis (b).

a. Acerca de la capacidad procesal de la impugnante para recurrir en casación una sentencia penal absolutoria

Acierta la recurrente y el Procurador General cuando señalan, coincidentemente, que este Cuerpo, con una integración diversa a la actual, se ha pronunciado en oportunidades anteriores a la presente, sobre la legitimación procesal activa de la Asesora de Menores e Incapaces (hoy Asesora de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida) para interponer un recurso extraordinario de casación.

En efecto, conforme se desprende de las consideraciones vertidas en los pronunciamientos recaídos en «Videla» (L.S. 391:234) y posteriormente «Marinozzi» (L.S. 407:166) –ambos referidos en las presentaciones efectuadas por la impugnante en su escrito de interposición, como por el Procurador General en su dictamen– esta Sala Penal resolvió ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, al habilitarse la legitimación procesal de la entonces Asesora de Menores e Incapaces.

Más allá de las particulares circunstancias que rodearon los hechos que se ventilaron en los procesos judiciales que culminaron con esos fallos, lo cierto es que comparto integralmente el desarrollo

argumental en que se sustenta la decisión común alcanzada en ambas ocasiones en orden al tópicico en cuestión, en cuanto se le reconocen, excepcionalmente, facultades recursivas a ese órgano perteneciente al Ministerio Público Púpilar, pues permiten sortear con contundencia el valladar formal que existe, también en la actualidad, sobre el punto bajo análisis.

En honor a la brevedad, me remito a las consideraciones efectuadas en ambos pronunciamientos. No obstante esa remisión, debo destacar que también en el caso bajo estudio, la razón fundamental que justifica otorgarle legitimación procesal activa a la hoy impugnante emerge de reconocer jurídicamente, y tutelar judicialmente, el interés superior del niño, niña o adolescente cuando, como en autos, sus derechos podrían verse vulnerados a través de una conducta delictiva, a los términos de la **ley 27.372** de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, en general, y de la **ley 23.849** que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en particular.

En este ámbito normativo, la protección normativa que dispensa el sistema jurídico visto en su integridad para este sector vulnerable de la población, encuentra sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño su principal exponente.

El mencionado instrumento, que regula en el ámbito internacional los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad, y que goza de raigambre constitucional al estar enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, consagra en su preámbulo «la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño», así como también que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

A partir de tales postulados, los Estados parte, entre ellos la República Argentina, se comprometen a que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1).

Asimismo, a «asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas» (art. 3.2), por lo que resulta una obligación de los aquellos de adoptar todas las medidas «administrativas, legislativas y de otra índole» que resulten necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la referida Convención (art. 4).

Por su parte, la **ley 26.061**, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establece que «[l]a Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se

adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigible» (art. 2).

En ese orden, refiere que «[a] los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida.

Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia [...]. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros» (art. 3).

Puntualiza, además, que «Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes», y establece que la "prioridad absoluta implica" -entre otras cuestiones- la "prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas» (art. 5 inc. 2, el destacado me pertenece).

En función de ello, y en cuanto aquí más interesa, describe que «[l]os Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte» (art. 27, el destacado me pertenece).

En línea con la normativa señalada, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha dicho sobre el particular que «[l]a atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño» (**Fallos 328:2870; en el mismo sentido, Fallos 321:589; 318: 1269, entre otros**).

Entiendo que, en el sub lite, resultan enteramente aplicables las consideraciones brevemente señaladas en los párrafos precedentes, pues el respeto y la estimación del interés superior de niños, niñas y adolescentes, cuando resultan víctimas de hechos delictivos, tales como los que dieran origen a las presentes actuaciones, revelan y justifican adecuadamente la imperiosa necesidad de ampliar, excepcionalmente, el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, permitiendo la viabilidad de una impugnación promovida por una de las partes del proceso que, conforme la legislación de rito, no se encuentra ab initio habilitada para ello.

Pues de esta manera, entonces, entiendo que este Tribunal, como órgano del Estado, cumple con el deber de ponderar privilegiadamente el interés superior del niño como criterio que viabilice la intervención institucional –en este caso de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción– destinada primordialmente a velar por el efectivo ejercicio de los derechos de las personas menores de edad.

En otras palabras, se trata de la adopción de una medida de carácter judicial que garantiza la tutela efectiva de los derechos y garantías reconocidos por ley en relación con ese segmento vulnerable de la población (art. 29 de la ley 26.061), permitiéndoles, representación legal mediante, recurrir resoluciones jurisdiccionales que atañen a sus intereses.

Repárese en este sentido que la propia casacionista ha invocado en su presentación recursiva el referido interés, el que no puede ser desoído ni desatendido en esta instancia recursiva so pretexto de valladares formales que impidan efectivamente la revisión de una sentencia que, en el sub iudice, se presenta de tipo absolutoria.

b.1. Sobre la alegada nulidad de la sentencia por presentar un déficit de fundamentación

Superado satisfactoriamente el examen formal acerca de la impugnabilidad subjetiva de la recurrente, corresponde en lo que sigue abordar los agravios presentados. Como se adelantó, y de acuerdo a lo que seguidamente se explicará, la fundamentación del fallo cuestionado no se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento en tanto su fundamentación es arbitraria.

Al respecto debo decir que, según lo adelantara al comienzo del presente acápite, la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su contenido, un acto jurisdiccional válido. Ello por cuanto se verifica con meridiana claridad una ausencia de fundamentación, pues la decisión del juez a quo de absolver al acusado se basó en una arbitraria, fragmentada y descontextualizada apreciación de los hechos en función de la valoración de la prueba obrante en la causa. Todo ello sin dar una respuesta una completa y debidamente motivada a la hipótesis acusatoria que conformó la teoría del caso del órgano acusador, ni integrar en el razonamiento absolutorio las consideraciones efectuadas por quien intervino durante el proceso como representante complementaria de los menores de edad involucrados en el caso –art. 103 inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 16 y conc. de la ley 8.928–.

De modo tal que, al no cumplir acabadamente con la exigencia de motivación prevista en el art. 155 del CPP, que impone ese deber legal al tribunal de juicio bajo sanción de nulidad, y que sirve no sólo a la publicidad y control republicano sino que persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, una ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad

absoluta. Conviene recordar que, en cuanto a la motivación del acto sentencial se trata, se tiene dicho que ésta consiste en «explicar la razón de ser, los “porqué” de la conclusión que define la decisión.

Esas razones abarcan tanto la explicación de la conclusión acerca del suceso real imputado, acción u omisión, con todos los elementos fácticos o normativos que la ley penal utiliza para describir el hecho punible [...] mediante la valoración de la prueba incorporada legítimamente al proceso» (MAIER, JULIO, **Derecho Procesal Penal. Actos Procesales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. T. III, p. 340**).

De este modo nos encontramos ante un supuesto de motivación aparente cuando el juez «expone los fundamentos de forma tal que no sirven para motivar en concreto el acto, sea porque sus razones no tienen asiento en los hechos debatidos, o bien porque se aparta de las pruebas producidas en el proceso» (Chaia, Rubén, **“La prueba en el proceso penal”, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 191**).

La conclusión precedente surge con nitidez de las constancias de audio y video acompañadas en las que obran los fundamentos orales del fallo.

Desde allí se observa que el magistrado interviniente puso en tela de juicio que los hechos objeto del proceso y la responsabilidad que se le atribuyó sobre ellos al acusado, hayan sido acreditados con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria y, en consecuencia, aplicó el principio in dubio pro reo. Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión subyace un análisis parcial y fragmentado de los hechos investigados, además de un incorrecto y arbitrario abordaje de las constancias de la causa. Veamos.

b.1. Apartamiento arbitrario de los hechos incluidos en la acusación fiscal

Conforme se desprende de las constancias de la causa, en la audiencia de acusación (art. 417 quater del CPP), y luego al inicio del debate oral y público, la fiscalía imputó a M. A. B. A. la autoría en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. En ambas oportunidades, al enunciar el hecho enrostrado, el representante fiscal sostuvo que el imputado se sustrajo al deber de cumplir con la cuota alimentaria de sus hijos N. I. B., de 4 años de edad, y Z. D. B., de 8 años de edad, establecida mediante convenio homologado en el marco de los autos N° 48.866/17 radicados en el Tercer Tribunal de Gestión Judicial de Familia, circunscribiendo temporalmente esa conducta omisiva al período de tiempo transcurrido entre los meses de abril del año 2019 a la fecha del debate –noviembre de 2020– (ver formulario de audiencia de acusación obrante en soporte digital; ver formulario de debate obrante en soporte digital y registros audiovisuales, “audiencia 5/11/20. Parte I”, 00:01:49/00:02:25).

Luego de haberse producido parte de la prueba durante el debate, concretamente la declaración testimonial de la denunciante de autos –M. A. V. Olivares–, así como la oportuna intervención de la Asesora de Menores (00:17:45/00:21:50), el agente fiscal solicitó la ampliación del requerimiento fiscal en los términos de lo previsto por el art. 391 del CPP.

Ello al entender que, de los términos de aquella declaración, surgían elementos que permitían considerar que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se le atribuye al imputado comprendía un espacio de tiempo mayor de aquel que fuera definido en la acusación originaria.

De este modo, la plataforma fáctica de la acusación resultó ampliada por los mismos hechos, los que habrían tenido lugar así «[d]esde el día ... al día de la fecha...» (00:31:27). Atento a ello, se corrió vista a la defensa quien solicitó la suspensión del debate (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del día ..., segunda parte, minuto 00:00:30/00:01:29), y dispuso un cuarto intermedio.

Reanudado el juicio, el juez le solicitó al representante fiscal que le comunicara al acusado el hecho objeto de la acusación, quien al hacerlo expresó que «[l]a acusación contra el Sr. B. consistiría que, desde el mes de ... hasta el mes de ..., no habría cumplido con sus deberes alimentarios para con sus hijos menores [...] hecho comprendido en el art. 1 de la ley 13.944» (ver registros audiovisuales, “audiencia 19/11/2. Parte I”, 00:01:02/00:02:13).

Finalmente, al momento de formular sus alegatos de clausura del debate, el fiscal concretó la acusación contra el acusado de autos, y solicitó la aplicación de pena.

En este punto, surge relevante destacar que el titular de la acción pública tuvo por probado el hecho imputado, al que circunscribió temporalmente en los términos referidos en el párrafo precedente, esto es, dentro del «[p]eríodo comprendido entre el mes de ... y el mes de [...]» (ver registros audiovisuales, correspondientes a la audiencia del ..., minuto 00:01:20/00:01:30); lapso del que excluyó, únicamente, el tiempo durante el cual el acusado permaneció privado de su libertad, por encontrarse alojado en el complejo penitenciario provincial, esto es, de ... a ... del año ... (minuto 00:20:27/00:21:21). Referidas estas breves consideraciones sobre el caso aquí examinado, resulta evidente que la sentencia adolece ab initio de un vicio grave de fundamentación vinculado con el sustrato material de la acusación sobre la cual se pronunció el juez interviniente, que radica en la limitación arbitraria del campo fáctico sobre el que decide en términos absolutorios la sentencia aquí cuestionada. Veamos. Según surge de la audiencia de debate en la que el sentenciante, luego de los alegatos de cierre de las partes, y de las expresiones efectuadas por el acusado en uso de la palabra, expuso oralmente las razones que lo persuadieron a absolver al enjuiciado del delito enrostrado.

Sin embargo, al hacerlo, se apartó arbitrariamente de los términos de la acusación fiscal, ya que marginó del desarrollo intelectual en el que motivó el sentido absolutorio del fallo, sin expresar motivo o justificación alguna de su decisión, el análisis de la responsabilidad penal de B. A. sobre una buena parte de los comportamientos delictivos por los que fue acusado.

Me estoy refiriendo concretamente al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que, según la teoría del caso concretada en la acusación fiscal –en los términos señalados anteriormente–, tuvo lugar durante el período de tiempo transcurrido entre el mes de noviembre del año 2019 al mes noviembre del año 2020.

Lo antedicho se observa con claridad cuando el juez a quo, al referirse a las circunstancias de tiempo del hecho objeto del proceso, expresó que «[e]n este caso, lo que tenemos es un supuesto delito entre marzo del 2018 y noviembre del 2019, que en definitiva es lo que se acusó, y, en definitiva, éste es lo que se tiene que ver y lo que se tiene que fallar [...] si ha sido regular, suficiente y constante el aporte de fondos o no» (1:06:35/1:06:51, el destacado me pertenece).

Ahora bien, conforme a lo expuesto debe descalificarse el fallo como acto jurisdiccional válido por cuanto es arbitraria la fundamentación respecto del segmento de los hechos que conformaron y definieron la acusación fiscal.

Dicho en otros términos, el órgano judicial ha exteriorizado el razonamiento que justifica la decisión absolutoria aquí impugnada, incurriendo en una omisión de pronunciamiento al no emitir una resolución que contemple y abarque la totalidad de los hechos que fueron ventilados durante el debate, y luego contenidos en la acusación fiscal.

Esto en razón de que nada ha dicho el sentenciante en sus fundamentos de los comportamientos delictivos de tipo omisivos que, según la acusación fiscal, fueron cometidos por el acusado en el período de tiempo comprendido desde el mes de noviembre de 2019 al mismo mes del año 2020; lo que convierte la sentencia en un acto nulo, de nulidad absoluta a los términos del art. 416 inc. 4º del CP.

b.2. Omisión de valoración de prueba esencial

No obstante que las conclusiones expresadas tras el análisis efectuado en el acápite precedente resulta suficiente para demostrar que la sentencia en crisis adolece de un vicio grave de fundamentación que la descalifica como acto jurisdiccional válido, estimo oportuno efectuar unas breves consideraciones en orden al modo en que el tribunal de sentencia ha valorado el material probatorio que acompaña la causa.

Ello por cuanto el sentenciante, aún en la porción del sustrato material de los hechos contenidos en la acusación sobre los que se pronunció en clave absolutoria, se apartó notoriamente de los postulados que informan el sistema de la sana crítica racional en el análisis convictivo de los elementos de prueba que resultan determinantes cuando se trata de examinar la responsabilidad penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Lo afirmado en el párrafo precedente resulta de observar que **el a quo funda su razonamiento desincriminante a través de una ponderación del plexo probatorio que no sólo no ha sido efectuada de modo comprensible, puesto que no sigue un orden lógico, sino que, además, luce fragmentaria y descontextualizada, desde que margina de esa labor la valoración de elementos esenciales que contienen referencias directas acerca del contexto dentro del cual sucedieron los comportamientos omisivos objeto del proceso.**

Este vicio determina que la sentencia que absuelve a M. A. B. A. ha sido edificada sobre la base de argumentos arbitrarios.

Entiendo que cuando se trata de comportamientos delictivos como los aquí investigados, resulta fundamental poner el acento primordialmente sobre «el contexto en que se producen estos hechos».

Sólo desde allí es posible determinar adecuadamente qué elementos probatorios resultan imprescindibles tener en cuenta, qué información obtenida resulta pertinente y suficiente a los fines de apreciar ese contexto, y cómo deben ser valorados.

En la directriz señalada, se advierte con claridad que la prueba producida ratifica que nos encontramos ante una conducta delictiva que involucra violencia de género, como una manifestación de violencia económica y patrimonial (**ley 26485**, art. 5 inc. 4). Ello pues, los contextos en los que se enmarcan estas conductas penalmente reprimidas no pueden ser visualizados como meras conflictivas familiares que pertenecen al ámbito privado.

Se trata de situaciones que, mayormente, involucran aristas de violencia, lo que demanda la intervención del Estado. Además, el incumplimiento de los deberes de asistencia constituye una forma más mediante la cual el varón ejerce violencia sobre la mujer, pero también respecto de otros miembros del grupo familiar, como por ejemplo los hijos e hijas, que deben ser abordados como víctimas, directas o indirectas, de esa misma violencia.

Lo antedicho impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima **(ley 27.372)**.

Pero, además, ese mismo contexto fáctico también requiere atender al interés superior del niño, niña y adolescente **(art. 3 de la ley N° 26.061)**, tal como se adelantó en el tratamiento del punto vinculado a la legitimación de la impugnante en esta instancia. Así tenemos que de la declaración de la denunciante M. A. V. en la audiencia de debate (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del 5 de noviembre de 2020, a partir del minuto 00:02:54; también los relativos a la audiencia del 19 de noviembre de 2020, primera parte, a partir del minuto 00:04:31) surge la presencia de indicadores de violencia de género que no han sido considerados por el tribunal de juicio al emitir el pronunciamiento desincriminante.

En este orden, vemos que la declarante afirmó que «[l]o que pasa es que esto ocurrió después del incidente de 2017, o sea, después de que él comete el delito de rociar con nafta la habitación y prendernos fuego [...]».

Entonces con la doctora que me designan en el juzgado hicimos el convenio para que él me pasara cuatro mil pesos, que él dijo que no podía, que dos mil pesos sí podía.

Pero tampoco depositó ni me pasó los dos mil pesos, pero esto pasó después del ... de que él comete ese hecho [...]. En ese entonces no lo denuncié, nosotros le quisimos dar una oportunidad para que él pudiera seguir estando con nosotros como familia [...] yo lo quise perdonar [...] pero él siguió incumpliendo [...]. Después él comete otra cosa, y ahí le piden directamente que se retirara de la casa.

Entonces le hacen la prohibición no solamente hacia mí, sino hacia los chicos también, porque ya interviene acá medidas tutelares [...] y desde ahí no cumplió más, se olvidó que tenía hijos».

Lo que resulta conteste con las constancias –conforme la documentación digitalizada en el legajo a la vista– que dan cuenta que en la causa N° P-60.397/17, de fecha 21 de julio de 2017, se requirió la citación a juicio respecto del acusado por el delito de incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa.

Por su parte, en la causa N° P11.873/19 el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en fecha 15 de marzo del año 2019 condenó al hoy acusado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género.

Asimismo, de su declaración se desprende que la denunciante acudió a la justicia de familia para reclamar alimentos para sus hijos menores.

En este sentido, dijo que primero demandó a su ex pareja, con quien arribó a un convenio sobre la cuota de alimentos que aquél sistemáticamente incumplió; razón por la cual, con posterioridad, demandó a la abuela paterna de los niños –R. L. A.–, con quien también llegó a un acuerdo conciliatorio (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del 5 de noviembre de 2020, primera parte, a partir del minuto 00:14:10).

Los dichos en este punto encuentran basamento objetivo en las constancias probatorias incorporadas a la causa pues, según surge del legajo, cuyas copias digitalizadas se encuentran a la vista, la denunciante

realizó las presentaciones judiciales a las que hizo alusión en su declaración. De ello dan cuenta los autos N° 48.866/17 caratulados «V., M. A. c/ B., M. A. p/ alimentos», así como también, los autos N° 50.906/19 caratulados «V., M. A. c/ A., R. L. p/ alimentos», del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, los fueron ofrecidos por las partes y debidamente incorporadas al debate en carácter de A.E.V. (ver constancias digitales).

En el mismo sentido deben ser señaladas los autos N.º 67.599/19 caratulados «V., M.A, por sí y pshm c/ B., M. A. p/ prohibición de acercamiento», radicados en el tribunal señalado ut supra. Advierto que ninguno de tres expedientes del Tribunal de Familia venidos ad effectum videndi et probandi (A.E.V.) al tribunal de juicio han sido adecuadamente ponderados por el tribunal de juicio, pese a que resultaba evidente que eran elementos esenciales que permitían la adecuada determinación y apreciación contextualizada acerca de cómo ocurrieron los hechos.

Entiendo que esa omisión resulta esencial y decisiva en el razonamiento del a quo al impedir apreciar la existencia de elementos objetivos que, en su conjunto, controvierten la prueba de descargo a través de la cual el sentenciante consideró la falta de constatación del elemento subjetivo –omisión dolosa–, que lo llevó a la duda insuperable.

Repárese que, aún con la fragmentación arbitraria de la plataforma fáctica que fuera ya advertida, el aspecto central que destaca el juez para absolver por la duda radicó en que, según su posición, no existirían elementos de prueba suficientes que permitirían acreditar con certeza que el acusado se sustrajo dolosamente de su deber de efectuar los aportes dinerarios o en especie suficientes para la subsistencia de sus hijos menores (ver registros audiovisuales correspondiente a la audiencia del día 3 de diciembre de 2020, tercera parte, a partir del minuto 01:08:18).

Sin embargo, para arribar a esa conclusión determinante de su razonamiento, el magistrado no integró en la valoración de los hechos –como es su deber– la prueba señalada, de la que resultan elementos que descubren –precisamente– el modo en que el acusado se sustrajo al cumplimiento de su obligación.

Es que si bien nadie discute que se trata de actuaciones producidas en la órbita de la justicia civil, éstas debieron ser valoradas en el ámbito penal.

Si bien no es ésta la oportunidad de profundizar el análisis acerca de la naturaleza y la extensión de la obligación asistencial recogida en el tipo penal previsto en la ley 13.944, y su relación con obligación alimentaria regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 541, arts. 658, ss y cc del CCyCN), lo cierto es que existen puntos en común entre ambos deberes alimentarios.

Ello genera la necesidad de abordar la investigación y juzgamiento de la responsabilidad penal de esta clase de ilícitos sin prescindir de elementos relevantes que permitan descubrir verdaderamente si el sujeto penalmente acusado se ha sustraído de su obligación de subvenir a lo indispensable para la subsistencia de sus hijos menores, aún cuando cierta parte de aquellos resulten de actuaciones producidas en la órbita de la justicia de familia.

Máxime teniendo en cuenta que estas aparecen formando parte del plexo probatorio que acompaña la presente causa.

Ahora bien, obsérvese que el repaso de las constancias audiovisuales revela que el juez interviniente ha omitido lisa y llanamente pronunciarse argumentativamente sobre el valor o desvalor probatorio de las piezas incorporadas en carácter de AEV.

En su alocución se verifica un abordaje genérico, impreciso y desordenado, con una manifiesta reiteración sobre las diferencias que –a su criterio– existen entre la obligación alimentaria penal con relación a ese mismo deber en la órbita civil, pero sin fundamentar concretamente en qué consiste esa distinción, ni tampoco cuál sería el efecto que provoca la proyección de esa distinción ambas especies del deber de alimentos en el campo de la justicia punitiva, siendo que, de lo que se trata en este último segmento, es de analizar la responsabilidad del agente en el tipo omisivo enrostrado (ver al respecto, minutos 01:06:33; 01:07:19)

Con lo cual, comparto el argumento que postula la Asesoría de Menores en cuanto a que todos los meses que el imputado habría incumplido la prestación de alimentos, sustrayéndose a la misma, estaría constatado en la sentencia judicial que ordenó al hoy imputado al pago de la cuota alimentaria en sede civil, que no habría sido merituada en el razonamiento jurisdiccional –N° 48.866/17–.

Lo mismo en cuanto a la falta de ponderación del expediente del convenio de alimentos celebrado entre la denunciante de autos y la abuela paterna de los menores, donde la demanda precisamente se articula por el incumplimiento del principal obligado a los mismos –N° 50.906/19–.

Por otra parte, la omisión de valoración de prueba esencial también se observa cuando el juez a quo analiza sólo algunos de los comprobantes de pago que fueron agregados en la causa, precisamente los que documentan aportes dinerarios efectuados por el acusado a la denunciante acotados a un limitado período de tiempo.

Concretamente me estoy refiriendo a los recibos que dan cuenta de entregas de dinero en fecha 2 de junio (\$600), 8 de junio (\$650), 18 de julio (\$500) y 27 de julio (\$1000), todos del año 2.019. Ello revela varias una seria falencia en el silogismo del sentenciante, ya que profundiza su decisión de fragmentar aún más la plataforma fáctica objeto del proceso, así como la prueba obrante en la causa. Ello pues, dentro de aquel acotado espacio de tiempo en que analizó arbitraria y limitadamente el hecho contenido en la acusación fiscal –esto es, desde el mes de marzo de 2018 hasta el mes de noviembre de 2019–, el magistrado interviniente margina injustificadamente de su desarrollo argumental el análisis valorativo de aquellos períodos de tiempo en que la obligación alimentaria, siendo judicialmente exigible, fue incumplida por el acusado.

Dicho en otros términos, al valorar únicamente aquellos comprobantes, que acreditarían aportes dinerarios parciales efectuados por el imputado a la denunciante, y sustentar desde allí el cumplimiento del deber alimentario de parte de aquel, omite pronunciarse acerca de cómo interpreta y valora la comprobada irregularidad en las fechas de pago y en los importes de los mismos. Porque, en definitiva, lo que dejan al descubierto tales recibos es que el imputado habría realizado aportes que no sólo cuantitativamente difieren de lo acordado, sino que, además, documentan que temporalmente existen períodos mensuales en los que la cuota alimentaria, desde que se tornó jurídicamente exigible –mediante homologación judicial producida en fecha 19 de marzo de 2018–, no ha sido debidamente abonada, dada la falta de comprobantes que demuestren lo contrario.

Pero, a su vez, en este tramo de los fundamentos también se observa una clara contradicción en el silogismo desincriminatorio que sustenta el fallo en revisión, porque si el juez interviniente consideró que el aspecto relevante para tener por acreditada penalmente la responsabilidad del acusado en el delito omisivo que se le atribuyó es determinar si el aporte de fondos «ha sido regular, suficiente y constante el aporte de fondos» (01:06:55), evidentemente no pudo desconocer y ponderar entonces –entre otros–, todas las constancias actuadas en los diversos expedientes de familia precedentemente individualizados.

Ello por cuanto ellos demuestran el incumplimiento del acusado del convenio de alimentos celebrado oportunamente con la madre de sus hijos menores en la causa N° 48.866/17, cuyo conocimiento por parte del acusado nunca constituyó un punto controvertido en la causa.

Pero aún cuando ese incumplimiento no fuera considerado relevante para el juzgador, así debió expresarlo, debiendo brindar las razones por las que entendía que no resultaba determinante a los fines conmovier el estado de duda respecto de la responsabilidad penal del encausado sobre el delito endilgado.

Nada de esto se desprende de los fundamentos de la resolución recurrida.

Aquí es preciso recordar dos aspectos que, siendo propios del contenido del delito investigado en autos, debieron ser analizados y proyectados en la fundamentación del fallo, para que el mismo resulte ajustado a derecho. Por un lado, que la obligación de alimentos impuesta por la ley es personalísima, intransferible, de rango principal e insustituible, por lo que aún cuando el alimentado haya logrado igual o aún mejor auxilio que el omitido por el alimentante, se incurre igual en delito.

Sostener lo contrario cuando se da el supuesto de que otra persona ha acudido al socorro del necesitado, importa hacer depender la responsabilidad penal de la conducta de terceras personas, y no ya de la omisión dolosa del obligado, lo que además de introducir una exigencia de carácter objetivo extraña al texto de la ley, conduce a frustrar su finalidad y a tornar prácticamente imposible su aplicación.

Por otro lado, que tampoco exime de responsabilidad por la anterior conducta omisiva el pago tardío o parcial de las cuotas alimentarias, desde que la satisfacción parcial equivale a la insatisfacción de la obligación, sin perjuicio de que la ejecución parcial se tenga en cuenta para la determinación de la pena. Nada de lo antedicho ha sido analizado en la sentencia.

Finalmente, y como corolario de lo analizado en el acápite precedente, también acierta la impugnante cuando señala que el tribunal de juicio no ha valorado el plexo probatorio de acuerdo al contexto en el que aparecen insertos los hechos objeto del proceso, el que revela con claridad que el caso se enmarca en un contexto de violencia de género. En este sentido, surgen evidentes las notas que revelan una situación de vulnerabilidad y de disparidad de poder como consecuencia de una estructura desigual entre el agente y la denunciante, quien aparece como único sostén económico de la subsistencia de los menores de edad cuyos intereses aparecen involucrados en el caso de autos. Situación de desventaja en la que el imputado colocó a M. A. V., supone un tipo de violencia de género a tenor del artículo 5.4.c de la Ley N° 26.485, porque condicionó su bienestar e integridad económica-patrimonial y recargó sus responsabilidades de cuidados (in re “**Domínguez**”).

Este aspecto contextual del caso ha sido indebidamente ponderado por el juez a quo.

Así, si bien admite inicialmente que entre el imputado y la denunciante existía «una mala relación», con «denuncias y condenas respecto del imputado» (01:06:08/01:06:22), esa afirmación no lo persuadió a

cumplir con el deber legal de realizar el proceso valorativo de la prueba de acuerdo con los parámetros interpretativos emanados a través los diversos compromisos asumidos por el Estado Nacional mediante la suscripción y ratificación de instrumentos legales nacionales y supranacionales en materia de violencia de género, desde donde surgen directivas expresas para el cumplimiento de esa labor ponderativa que deben ser utilizadas –especialmente– por los operadores del sistema de administración de justicia, en tanto guías interpretativas de estos fenómenos criminológicos en el marco de los procesos judiciales, conforme al sistema de la sana crítica racional adoptado por nuestra legislación local (arts. 206 y 409 del CPP).

En definitiva, considero que todo lo hasta aquí expresado pone de manifiesto que el camino argumentativo en base al cual **el juez a quo construyó su silogismo desincriminante, no se presenta como una operación intelectual que respete la lógica interpretativa de la sana crítica racional**. Lo que pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP, circunstancias que acarrear la declaración de nulidad del fallo aludido. Al respecto, nuestro máximo tribunal ha sostenido que «la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» **(CSJN fallos: 328:3399)**.

c. Conclusión

Por las razones precedentemente expuestas, en opinión concordante con la del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

En consecuencia, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial debe ser acogido en esta instancia, anulándose la sentencia recurrida, debiéndose reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se desarrolle un nuevo juicio. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan la declaración de su nulidad.

En particular me interesa destacar que las falencias en el razonamiento del sentenciante descritas en el voto que me precede, y que dan sustento a la solución que se propicia, implican –según entiendo– la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–.

A lo que debe sumarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía del derecho a la verdad (**Conf. «Concha, Jesús»**).

De este modo, considero que la situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad que presentan las víctimas en autos, en cumplimiento de los compromisos convencionales asumidos en la materia, deriva en deberes específicos de protección por parte del Estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre la necesidad de que los Estados asuman una especial posición de garante frente a esta problemática, implementando medidas de protección integrales que se encuentren determinadas por el interés superior del niño (ver, Corte IDH, «Caso González y otras v. México». Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16/11/09. Serie C, nro. 205, párr. 408). En particular, y en lo referido a la participación de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en los distintos procesos en donde se diriman derechos fundamentales para su desarrollo, como acontece en el presente caso, la Convención del Derecho del Niño (en adelante, CDN) establece el derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (art. 12.2, CDN). Del mismo modo, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a la que adhirió esta Corte mediante Acordada 24.023 de fecha 6 de febrero de 2012, tiene como objetivo central garantizar las condiciones de acceso efectivo a justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y, con ello, que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de sus derechos. En referencia al caso en análisis y respecto a las facultades y atribuciones de los Asesores/as de niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida dentro de un proceso, me interesa señalar que la ley 8928, del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, establece dentro de sus funciones los deberes de «velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal» y de «[v]elar por la protección integral del o de la niño/niña y del adolescente, de acuerdo a lo dispuesto por las normas constitucionales y las leyes sobre la materia» (art. 9). Por su parte, el art. 16 de aquella ley establece para estos funcionarios la obligación de «[i]ntervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte a la persona o bienes de los niños/ as y/o adolescentes o incapaces o personas con capacidad restringida, y entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes legales, en los términos previstos por el CCyCN y leyes complementarias» (inc. 1), y la de «[p]romover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de niños/as y/o adolescentes o incapaces o personas con capacidad restringida, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal, cuando fuere necesario suplir inacción de sus representantes legales, parientes o personas que los/las tuviesen a su cargo o hubiere que controlar la gestión de éstos últimos» (inc.2). Asimismo, se dispone, entre sus deberes y atribuciones, la de «[s]er parte necesaria en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral. Deben intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus representados y estar presentes en cada ocasión en que los niños/as y/o adolescentes fueren citados [...]» (inc. 7). Ahora bien, reseñada la normativa en la materia, y a fin de analizar la legitimación procesal de la recurrente –amén de compartir los argumentos brindados por el ministro preopinante en este tópico–, entiendo que debe tenerse presente que el representante del

Ministerio Público Fiscal, quien también tiene el deber de velar por la protección de los niños y niñas (art. 27, inc.8, ley 8.008) no recurrió la sentencia que cuestiona la representante del Ministerio Público Pupilar.

Por su parte, en las presentes actuaciones no existe constitución de querellante particular. De tal manera, puede decirse que en el caso concreto los derechos fundamentales de los NNA reconocidos en la normativa convencional y constitucional, y a los que el Estado se ha comprometido garantizar, han sido debidamente tutelados por la representante del Ministerio Público Pupilar. No habilitar excepcionalmente su legitimación para impugnar la resolución que, como se analiza en el voto preopinante adolece de serios vicios en su motivación, implicaría dejar los intereses de los hijos del acusado sin la debida tutela. En otro orden, coincido con el ministro preopinante en tanto entiende que el hecho controvertido constituye un supuesto de violencia económica hacia la mujer, que afecta de manera directa a los NNA.

Al respecto, en anteriores pronunciamientos he sostenido que «[...] la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación N° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[!]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas [...]». En esa ocasión también entendí que «[...] la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual» (ver **“Muñoz García”**, y más recientemente **«Rodríguez Ginestra»**). Estas apreciaciones las considero pertinentes porque el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte del acusado respecto de sus hijos es también una forma de violencia económica contra la mujer. Ello en tanto se ve condicionado su bienestar económico por el incremento de erogaciones que implica aquel incumplimiento por parte del progenitor de los NNA, en el marco de la responsabilidad parental que aquella le incumbe.

Específicamente así lo establece el art. 5, inc. 4, c del decreto 1011/2010 cuando dispone que «[e]n los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna». Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho en sus distintas funciones ponderen los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. Por todo lo expuesto, en coincidencia con el voto preopinante, considero que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular la sentencia N° 4.554 y sus fundamentos vertidos en forma oral, y remitir al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial a

fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Anular el debate efectuado, la sentencia N° 4.554 y sus fundamentos vertidos en forma oral, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de este legajo N° P-708.704/19.
- 3.- Remitir al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (Art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Capítulo XI.

Código Contravencional.

CAPÍTULO XI. CÓDIGO CONTRAVENCIONAL.

1- BUSTELO. 02-07-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210702_Bustelo.pdf

Lex: Art. 42 inc. b) de la Ley 9024. Art. 50 inc. a) de la ley 9024. Art. 172 del Código Contravencional.

Vox: Circulación del automóvil. Deber de cuidado. Nulidad de sentencia. Arbitrariedad. Vicios. Normas de tránsito. Carril izquierdo. Luces. Señalización.

Summa:

El **Juzgado Contravencional** N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condena al nombrado como autor responsable de la infracción al art. 42 inc. b) de la Ley 9024.

La **defensa** interpone recurso de casación porque la sentencia es manifiestamente arbitraria y no está razonablemente fundada, toda vez que se aplicaron erróneamente las normas legales a los hechos.

El **Procurador General** entiende que el recurso debe ser rechazado, porque la resolución es una derivación fundada del derecho vigente, sin que se haya incurrido en causales de arbitrariedad ni violación de normas constitucionales.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia pronunciada por el Juzgado Contravencional 2- 2° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Díaz López
- Donoso Aguilera
- Porcel Valero

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDMzOTU=&tabla=c2M=>

- González Ortego
- Ortíz Quiroga
- Moreno Almazán
- Mora Sebastián
- Coz Luna
- Salas Romero

Parágrafos destacados

Además, motivó su decisión de manera escueta pero suficiente, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que, para conllevar la extrema solución de la nulidad, los defectos de que adolezca la sentencia en este sentido, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177), lo que en el caso de autos no ocurre.

SCJM. Dres. **Valerio.** Palermo. Adaro. (Licencia)

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-05115603-4/1((011302-140801)) BUSTELO LISANDRO EN JUICIO N°140801 " BUSTELO LISANDRO P/ APELACION VIAL" (140801) P/ REC.EXT.DE REVISIÓNINCONSTITUCIONA *105283263*

En Mendoza, a los dos días del mes de julio del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05115603-4/1 caratulada "BUSTELO, LISANDRO S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

Lisandro Bustelo por su derecho interpone recurso extraordinario (fs. 6/13 vta.) contra la resolución que confirma la condena al nombrado como autor responsable de la infracción al art. 42 inc. b) de la Ley 9024, pronunciamiento dictado por el Juzgado Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La resolución confirma la condena al presentante, como autor responsable de la infracción al art. 42 inc. b) de la Ley 9024, teniendo en cuenta que el 6 de agosto de 2019 a las 15.50 horas aproximadamente, Bustelo embistió con la parte delantera de su camioneta Mitsubishi, mientras circulaba en dirección sur a norte por avenida Costanera, a la altura del supermercado Jumbo, al hidroelevador que era trasladado por una Ford F 150, conducida a su vez por Antonio Weaver, que estaba detenida para realizar arreglos de las luminarias. Establece el tribunal *a quo* que el recurrente no actuó con la prudencia necesaria que le hubiese permitido evitar tomar contacto con el rodado que estaba detenido.

2.- Recurso de inconstitucionalidad

Se queja el acusado porque la sentencia es manifiestamente arbitraria y no está razonablemente fundada, toda vez que se aplicaron erróneamente las normas legales a los hechos. Relata que la camioneta Ford F-150 estaba con una grúa enganchada detrás sobre el carril izquierdo, parada y estacionada sin ninguna señalización visual ni lumínica –conos, triángulo rojo, personal advirtiendo que había un vehículo frenado, sin balizas– para prevenir a los automovilistas del peligro grave, sobre el carril izquierdo. Expresa que no podía realizar ninguna maniobra para esquivarla, puesto que venían a velocidad constante una hilera de autos por el carril de su derecha, por lo que activó el sistema de frenos, pero no pudo llegar a frenar a cero y colisionó con la grúa detenida en medio del carril.

Aduna que el conductor del vehículo estacionado, que estaba por hacer un mantenimiento a las luminarias del acceso, no cumplió con la ley de tránsito, al no hacer saber que estaba detenido sobre el

carril de tránsito rápido, sin las señalizaciones que obliga la ley, por lo que era indefectible que se produjera un accidente.

Resalta que aquel conductor violó las normas de tránsito de poner señalización, violación que generó el impacto y accidente, ya que el vehículo detenido apareció de repente.

Que cuando advirtió que estaba totalmente inmovilizado, tenía autos a la par, por lo que no pudo esquivarlo ni maniobrar a su derecha para cambiar de carril y evitar el impacto. Indica que la grúa no tenía luces funcionando, ni estaba conectada eléctricamente al vehículo que la tiraba, por lo que el impacto fue producido por culpa exclusiva del otro conductor.

Apunta que la jueza a quo no valoró toda la prueba existente en el proceso, eligiendo qué testimonios eran verdaderos y cuáles no.

Se queja especialmente porque tomó como verdad, que una persona colocaba elementos de advertencia y tuvo que saltar el muro de contención, lo que no es cierto y no hay prueba que lo acredite, más que la declaración del conductor.

Tacha de contradictorios sus dichos, porque entiende que una persona que está colocando el perímetro de seguridad no puede quitar el freno de la camioneta en el mismo acto.

Se pregunta si Weaver –el conductor– estaba colocando el perímetro de seguridad o arriba de la camioneta, motivo por el que quitó el freno de la camioneta, sintiendo el impacto.

Concluye refiriendo que no hay pruebas que haya violado los deberes impuestos por el art. 42 b) de la ley 9024, y que se violó su derecho de defensa, porque no se consideraron sus declaraciones ni las pruebas de autos.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque la resolución es una derivación fundada del derecho vigente, sin que se haya incurrido en causales de arbitrariedad ni violación de normas constitucionales.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Ello por cuanto la juzgadora ha evaluado la prueba rendida de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, sin que el quejoso haya podido demostrar su apartamiento.

Además, motivó su decisión de manera escueta pero suficiente, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que, para conllevar la extrema solución de la nulidad, los defectos de que adolezca la sentencia en este sentido, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177), lo que en el caso de autos no ocurre.

En efecto, destacó la jueza de la instancia inferior que la premisa de la que partió el juez a cargo del Juzgado Administrativo de Tránsito de la Municipalidad de Guaymallén, esto es, que el recurrente

embistió con la parte delantera de su conducido el hidro-elevador que era trasladado por la Ford F-150, no fue controvertida por el impugnante en esa instancia (fundamentos, fs. 88 vta.) y según surge del recurso en trato, en la presente se limitó a señalar las normas viales que incumplió el conductor del otro rodado.

Tampoco cuestiona en esta etapa, la aseveración de la a quo en el sentido que, antes de circular por el carril izquierdo, que sólo se usa para adelantarse y luego retomar otro de velocidad normal (art. 50 inc. a) de la ley 9024), debió cerciorarse que esos otros carriles estuvieran libres para retornar a ellos después de haberse adelantado, lo que no hizo.

Así, refiere que no pudo evitar la colisión, ya que por la derecha «[...] *circulaban otros vehículos* [...]» (recurso, fs. 9), extremo que debió verificar con antelación a cruzarse al carril izquierdo, máxime teniendo en cuenta que en el camino había una curva y que luego se elevaba, por lo que, según apunta la magistrada, no tenía perfecta visibilidad de lo que podía encontrar a su paso.

Al respecto, dijo el quejoso en su declaración ante el Juzgado Contravencional N° 2, que «[...] *si bien advirtió el otro móvil delante a su marcha, no se dio cuenta que estaba inmóvil*» (acta, fs. 84). Por otra parte, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio que utilizó la a quo para seleccionar y valorar las pruebas rendidas, sin que aporte razones que descalifiquen la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Esto impide que prospere, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 333-64, 400-240, 407-155, entre otros). De este modo, tilda de contradictoria y falsa a la declaración del conductor del otro rodado –Weaver– de fs. 3 que tuvo en cuenta la juzgadora, porque dijo que uno de los operarios que se había bajado a colocar las señales pertinentes, debió saltar el muro de contención para evitar ser lesionado por el choque con el vehículo del encartado.

Asimismo, omite considerar el quejoso, que en virtud del dinamismo propio de los acontecimientos, bien pudo Weaver haber bajado de su rodado a colocar la señalización y al escuchar que el operario prementado alertaba sobre la inminente colisión, sacarle a la camioneta el freno de mano.

También configura un mero disenso insusceptible de modificar la decisión a la que se arriba, la aseveración del impugnante sobre que no constituye un imprevisto que puede ocurrir en la vía pública, la situación que se generó entre la maquinaria dispuesta para arreglar las luminarias y el automóvil que manejaba el recurrente.

En definitiva, niega haber perdido el control de su vehículo, sobre la base de su opinión personal, desentendiéndose de las probanzas rendidas, sin que se refleje en estos obrados, la indefensión de la que se agravia, toda vez que contó durante todo el proceso con la asistencia jurídica que le proporcionaron sus letrados, lo que emerge de la compulsión de autos.

Cabe señalar que puede suprimirse mentalmente sin que se altere la resolución objetada, la expresión de la a quo que agravia al quejoso, en el sentido que la velocidad por él desplegada, puso en riesgo la vida de terceros, a tenor del método de la supresión mental hipotética utilizado por este Cuerpo reiteradamente. Resta decir que el derecho ha sido correctamente aplicado al caso de autos, sin que la posible culpa del otro conductor ostente trascendencia a los efectos de excluir o minimizar la responsabilidad del acusado.

Es más, la presencia de un vehículo detenido en la calzada de circulación rápida, no implica que cese la obligación del imputado de conducirse de una forma tal, que le permita advertir que un obstáculo se presenta en su camino, en un todo de acuerdo con el art. 42 inc. b) primer párrafo de la Ley 9024, que determina que «*Los conductores deben...circular con cuidado y prevención conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito*» Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Analizado el escrito recursivo entiendo que la censura pretendida deviene sustancialmente improcedente, por cuanto el recurrente no aporta razones justificadas en relación a la existencia de vicios en la sentencia que cuestiona que ameriten su anulación. En su presentación cuestiona el recurrente la resolución de la jueza del Juzgado Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto confirma la condena como autor responsable de la infracción al art. 42 inc. b de la Ley 9024.

De esta manera y desde un primer aspecto es posible señalar que la resolución cuestionada resulta impugnabile a tenor de las previsiones del art. **172 del Código Contravencional**.

No obstante, entiendo que los cuestionamientos formulados no pueden prosperar por cuanto se fundan, tan sólo en un criterio diverso al utilizado por la jueza al momento de confirmar la condena impuesta a Lisandro Bustelo como autor de la infracción al art. 42 inc. b) de la Ley 9024, con relación a los hechos atribuidos. Éstos consistieron en que el 6 de agosto de 2.019 a las 15.50 hs., aproximadamente, embistió con la parte delantera de su camioneta –marca Mitsubishi–, mientras circulaba en dirección sur a norte por Avda. Costanera, a la altura del supermercado Jumbo, al hidroelevador que era trasladado por la camioneta Ford F-150 al mando de Antonio Weaver, vehículo éste último que se encontraba detenido para realizar arreglos de las luminarias.

Considero que la crítica no ha conseguido rebatir los argumentos de la instancia anterior y sólo plantea una disidencia que no supera la mera discrepancia con el modo de resolver la cuestión sometida a consideración. El recurso, planteado de esta manera, no consigue, como se anticipó, demostrar una arbitrariedad en la decisión que critica que justifique la solución que se reclama (ver al respecto, Fallos 310:1465; 326:2575; 328:110 y 328:4605).

En este sentido se ha expedido esta Sala Segunda al señalar que los defectos del **acto jurisdiccional**, para su anulación, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (sobre ello, “**Díaz López**”, “**Donoso Aguilera**”, “**Porcel Valero**”, “**González Ortego**” y “**Ortíz Quiroga**”, “**Moreno Almazán**”, “**Mora Sebastián**”, “**Coz Luna**”, “**Salas Romero**”, entre muchos otros); lo que en la especie no ocurre. Siendo ello así, entiendo que la crítica recursiva no logra rebatir los argumentos señalados por la jueza del Juzgado Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, por lo que de conformidad con lo expuesto corresponde, a mi criterio, desestimar el recurso impetrado.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Imponer las costas al imputado vencido y diferir los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Lisandro Bustelo a fs. 6/13 vta.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Secretaría, 02 de julio de 2021.-

2- MANZANO. 17-09-21.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPC
-	-	-	-	Mul IE	-	-	A	-	-	-	-	-		145

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210917_Manzano.pdf

Lex: Art. 67 bis del Código Contravencional. Art. 145 del Código Procesal Civil, Comercial y del Trabajo. Arts. 155, 156, 161 y 166 del Código Contravencional (ley 9099). Arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 162 de la ley 9099.

Vox: Cadena de custodia de la extracción de sangre. Debido proceso. Defensa en juicio.

Summa:

El **Juzgado de Paz Letrado y Contravencional** con competencia Tributaria de Tupungato, de la Cuarta Circunscripción Judicial condenó al nombrado al pago de la multa de 6.000 unidades fiscales y a inhabilitación para conducir por 120 días corridos por ser autor responsable de la infracción prevista en el art. 67 bis del Código Contravencional, ello en los autos N° 485.

La **defensa** interpone recurso de casación, alega que la sentencia condenatoria dictada en contra del acusado vulneró el debido proceso y la garantía de defensa en juicio e incumplió los arts. 155, 156, 161 y 166 del Código Contravencional (ley 9.099).

El **Procurador General** entiende que la impugnación es procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazada en el fondo.

La **SCJM** rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 485 pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado Y contravencional con competencia Tributaria de Tupungato- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Puente Cuello
- Ibáñez Benavídez

b- CIDH

- Baena Ricardo y otros vs. Panamá <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-caso-baena-ricardo-otros-panama-sentencia-fondo-reparaciones-costas-fa01570003-2001-02-02/123456789-300-0751-0ots-eupmocsollaf?>

c- CSJN

- Magui Agüero <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-magui-agero-ciriaco-asociacion-ilicita-contrabando-fa88000846-1988-12-01/123456789-648-0008-8ots-eupmocsollaf?>

d- STN (Superior Tribunal De Neuquén)

- Repetto, Andrés <http://juriscivil.jusneuquen.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=2292>

Parágrafos destacados

Preliminarmente, debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones –siguiendo el criterio de la Corte Federal– que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional.

Ello, en virtud de que las normas dictadas de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Es decir, procede únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

El recurrente debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional.

La defensa, en este caso, ha alegado que una norma –la ley 9.009– dictada según los mecanismos previstos legislativamente, contraría preceptos constitucionales y convencionales. Sin embargo, no ha justificado mínimamente cómo la garantía que invoca habría sido conculcada en el caso concreto.

SCJM. Dres. **Adaro.** Valerio. Palermo.

(C.V.)

Fallo

CUIJ: 13-05514843-5/1((041603-485)) MANZANO PELEGRINA LEONARDO SIMON P/ AV. INF. LEY 9099/18 P/ RECURSO EXT.DE INCONSTITUCIONALIDAD *105696453*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05514843-5 caratulada “MANZANO PELEGRINA, LEONARDO SIMÓN P/ AV. INF. LEY 9.099 P/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Leonardo Simón Manzano Pelegrina formula recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia del Juzgado de Paz Letrado y Contravencional con competencia Tributaria de Tupungato, de la Cuarta Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado al pago de la multa de 6.000 unidades fiscales y a inhabilitación para conducir por 120 días corridos, como autor responsable de la infracción prevista en el art. 67 bis del Código Contravencional, ello en los autos N° 485.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada condenó a Leonardo Simón Manzano Pelegrina a la sanción antes señalada, por considerar acreditado que aquél «[...] conducía la pickup Chevrolet S10 color bordó dominio [...] el día 01 de agosto pasado [año 2020, cuando] ingresó a calle Patricias Mendocinas del B° Martín Fierro y [...] a la altura de la Casa 10 de la Manz. E terminó su recorrido por una colisión con dos vehículos -moto y utilitario- que se encontraban estacionados» (fs. 26 vta. y 27, expte. N° 485).

2.- Recurso de inconstitucionalidad

La defensa plantea recurso de inconstitucionalidad fundado en el art. 145 del Código Procesal Civil, Comercial y del Trabajo (sic) y alega que la sentencia condenatoria dictada en contra del acusado vulneró el debido proceso y la garantía de defensa en juicio e incumplió los arts. 155, 156, 161 y 166 del Código Contravencional (ley 9.099).

Sostiene que la sanción contravencional es una respuesta punitiva y, como tal, el procedimiento por el cual se impone debe estar rodeado de garantías como el derecho de defensa y el debido proceso. Afirma que el procedimiento previsto en el Código Contravencional no garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, lo que surgiría de la redacción de los arts. 155, 161 y 166 de la ley 9.099, por cuanto toman al derecho de defensa como una mera posibilidad para el acusado, y no como un derecho humano esencial e irrenunciable.

Sostiene que la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos en todo proceso –administrativo o judicial– es un requisito de la tutela judicial efectiva, y que uno de los mecanismos para asegurarla es la

necesidad de asistencia técnica efectiva del imputado cuando declara y luego de modo permanente durante el proceso.

Ese derecho se traduce en una obligación para los jueces de proveer a la efectiva asistencia letrada.

El argumento concluye en que, dado que el procedimiento contravencional no prevé la intervención de la defensa pública si la persona acusada de la contravención no pudiera solventar los gastos para una defensa particular, pese a tratarse de un mecanismo sancionador, la norma es inconstitucional y puede generar responsabilidad al Estado argentino. Cita el precedente **«Repetto, Andrés»** del Superior Tribunal de Neuquén, el caso **«Magui Agüero»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los fallos que éste cita, los precedentes de esa Corte registrados en Fallos 329:4248, 330:3526, 327:5095 y el caso **«Baena Ricardo y otros vs. Panamá» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

Concluye que el modo en que está garantizado el derecho de defensa en el procedimiento contravencional y la inexistencia de una defensa pública en el mismo, suponen una vulneración de los arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La presentación concluye con dos agravios finales: i) que si bien en la instancia previa se consideró que el derecho de defensa de Manzano no fue vulnerado porque no fue imputado ni sometido a declaración informativa, aun así se le designó en la oficina fiscal un defensor oficial, lo que no es posible respecto de personas no imputadas o citadas a prestar declaración informativa; y ii) que la jueza entendió que no se vulneró la cadena de custodia, a pesar de que el oficial encargado de extraer la muestra de sangre no respetó tal cadena, y que la sentencia afirma que la defensa pudo solicitar la intervención del Cuerpo Médico Forense, lo cual no fue posible porque no tuvo oportunidad para controlar la prueba, a pesar de que la extracción de sangre es un acto irreproducible. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiriera, el señor Procurador General considera que la impugnación es procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazada en el fondo.

Explica que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional al que debe acudir como último recurso, cuando no hay otras alternativas posibles y se demuestra un perjuicio constitucional para una parte.

En el caso, a su criterio las garantías constitucionales que invoca la defensa no fueron vulneradas, toda vez que conforme surge a fs. 9 y vta., el ahora recurrente se presentó en el expte. N° 485 mediante un escrito en el que manifestaba su pretensión de ser tenido como parte, constituyó domicilio legal y denunció los datos de su defensor técnico. También, según el acta de fs. 10, Manzano Pelegrina fue asistido por su defensor e informado plenamente de sus derechos, e incluso ofreció prueba de descargo que fue admitida por el tribunal; y en las audiencias de debate el peticionante fue asistido por su defensor de confianza (fs. 24 y 25).

En tanto el acusado estuvo asistido por su defensor técnico de confianza durante el proceso, no se verificaría afectación concreta alguna al derecho de defensa y el debido proceso legal. Tampoco el recurso alude a defensas o argumentos que el justiciable se habría visto privado de ejercer, ni explica cómo alguna hipotética defensa podría tener incidencia en la resolución impugnada. Frente a ello, la sentencia aparece

sólidamente fundada y da cuenta debidamente de las defensas planteadas en torno a la prueba de alcohol en sangre realizada y su respectiva cadena de custodia. Por tales razones, aconseja el rechazo del recurso.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –por los motivos que a continuación expondré– a mi juicio corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado y confirmar la sentencia pronunciada por el juzgado en autos.

Al respecto, concuerdo con el señor Procurador General en cuanto señala que el recurso de inconstitucionalidad –más allá de que se ha interpuesto sobre la base del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza– procede desde el punto de vista formal, puesto que ha sido planteado de conformidad con las exigencias que prevé el art. 162 de la ley 9.099. Sin embargo, analizado el agravio planteado por la defensa y compulsadas las actuaciones considero que el recurso no puede prosperar en el plano sustancial.

Preliminarmente, debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones –siguiendo el criterio de la Corte Federal– que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional.

Ello, en virtud de que las normas dictadas de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Es decir, procede únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

Así, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige la jurisprudencia del Tribunal (L.S. 285- 102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056). En otras palabras, el recurrente debe demostrar acabadamente «[...] *de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional*» (Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

El temperamento citado ha sido ratificado por esta Sala en autos «**Puente Cuello**», «**Ibáñez Benavídez**», entre otros. Analizada la impugnación según estos parámetros, se advierte que el recurrente no formula una crítica razonada de la resolución que cuestiona, ni expone las motivaciones que configurarían un agravio en el caso concreto.

En efecto, la defensa sostiene que la resolución impugnada vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional y los arts. 8.2.d y 8.2.e de la CADH y 14.3 del PIDCP, normas internacionales éstas vinculadas a la garantía de debido proceso y la defensa judicial efectiva como elemento fundamental de ella. Como se señaló anteriormente, el control de constitucionalidad es una facultad que exige prudencia por parte de los Tribunales, pero también por parte de los interesados en el proceso.

La defensa, en este caso, ha alegado que una norma –la ley 9.099– dictada según los mecanismos previstos legislativamente, contraría preceptos constitucionales y convencionales. Sin embargo, no ha justificado mínimamente cómo la garantía que invoca habría sido conculcada en el caso concreto. Tal como afirma el Procurador General, la compulsas de las actuaciones judiciales N° 485 da cuenta de que el acusado contó con una defensa técnica particular desde el inicio del proceso. Así, el expediente inicia por la remisión del

expediente administrativo N° 827/2020 caratulado «**Manzano Pelegrina Leonardo S. Sánchez Julio A. y Salinas Claudia F. por Accidente**» (fs. 1-7 vta.).

A fs. 8 el Juzgado de Paz de Tupungato se avocó al conocimiento del caso y dispuso la citación del denunciado, e inmediatamente después (fs. 9) el ciudadano Leonardo Simón Manzano Pelegrina se presentó en autos y designó un defensor particular, que lo patrocinó en los actos posteriores (v. fs. 10, 24 y vta. y 25 y vta.).

De manera tal que no es posible a esta jurisdicción advertir de qué manera se habrían visto vulnerados el derecho de defensa y el debido proceso, como afirma el recurrente en su impugnación. Tampoco se advierte qué norma concreta de la ley 9.099 habría sido aplicada en perjuicio del nombrado. En el tramo final de la impugnación el recurrente brevemente hace referencia a que en sede penal se le habría designado un defensor oficial, a pesar de no haber sido imputado ni citado a prestar declaración informativa.

Esta afirmación carece de relevancia a los efectos que aquí trae a conocimiento, toda vez que no ha sido alegada indefensión alguna en sede penal. También esboza la idea de que no habría podido controlar la cadena de custodia de la extracción de sangre efectuada, aunque no da cuenta –siquiera mínimamente– de las consideraciones que efectuó al respecto la sentencia condenatoria, a las que corresponde remitirse en honor a la brevedad –v. autos N° 485, fs. 26-31 vta.–; ni tampoco justifica de qué manera el acogimiento del agravio modificaría la resolución impugnada. En conclusión, la impugnación no logra demostrar los extremos necesarios para justificar el tipo de revisión exigida por el recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se ha indicado de qué modo se han visto afectados esos derechos o garantías en el caso concreto.

Es decir, no se advierte, ni se el recurrente acredita, el perjuicio que eventualmente se le habría ocasionado. Por las razones expuestas y en posición concordante con el señor Procurador General, propongo al acuerdo que lidero rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa de Leonardo Simón Manzano Pelegrina y la confirmación de la sentencia impugnada.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en autos por la defensa de Leonardo Simón Manzano Pelegrina (arts. 2 y 162 de la ley 9.009 y 489 del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de septiembre de 2021.-

APÉNDICE NORMATIVO

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º.- Este Código se aplicará:

- 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
- 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ARTÍCULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTÍCULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

TÍTULO II. DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTÍCULO 7º.- Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

ARTÍCULO 8º.- Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

ARTÍCULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009)

ARTÍCULO 11.- El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

- 1º. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;
- 2º. A la prestación de alimentos según el Código Civil;
- 3º. A costear los gastos que causare en el establecimiento;
- 4º. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

ARTÍCULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria

potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

ARTÍCULO 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 14 — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375 B.O.28/07/2017)

ARTÍCULO 15.- La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

ARTÍCULO 17.- Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

ARTÍCULO 18.- Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

ARTÍCULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

- 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

ARTÍCULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTÍCULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

ARTÍCULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

ARTÍCULO 22.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

ARTÍCULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 23.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libelad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.815 B.O.1/12/2003)

ARTÍCULO 24.- La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 25.- Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34.

TÍTULO III. CONDENACION CONDICIONAL

ARTÍCULO 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTÍCULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

ARTÍCULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 28.- La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

TÍTULO IV. REPARACION DE PERJUICIOS

ARTÍCULO 29.- La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 30.- La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 31.- La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

ARTÍCULO 32.- El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

ARTÍCULO 33.- En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;
- 2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V. IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

- 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
- 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

ARTÍCULO 36.- Derogado.

ARTÍCULO 37.- Derogado.

ARTÍCULO 38.- Derogado.

ARTÍCULO 39.- Derogado.

ARTÍCULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTÍCULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de **un arma de fuego** la escala penal prevista para el delito de que se trate **se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo**, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTÍCULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

ARTÍCULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTÍCULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO VI. TENTATIVA

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

TÍTULO VII. PARTICIPACION CRIMINAL

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTÍCULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

ARTÍCULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTÍCULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTÍCULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

TÍTULO VIII. REINCIDENCIA

ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

ARTÍCULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTÍCULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

TÍTULO IX. CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54.- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

ARTÍCULO 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.928 B.O. 10/9/2004)

ARTÍCULO 56.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

ARTÍCULO 57.- A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º.

ARTÍCULO 58.- Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

TÍTULO X. EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 60.- La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

ARTÍCULO 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

ARTÍCULO 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

(Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 65.- Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2º. La de prisión perpetua, a los veinte años;

3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4º. La de multa, a los dos años.

ARTÍCULO 66.- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 68.- El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 69.- El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

ARTÍCULO 70.- Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

TÍTULO XI. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 72.- Son acciones **dependientes de instancia privada** las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá **de oficio**:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere **menor de 18 años de edad** o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de **seguridad o interés público**;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido **contra un menor** que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

(Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

ARTÍCULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;
- 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;
- 4) **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 74.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N°24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 75.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

TÍTULO XII. SJP

(Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994)

De la suspensión del juicio a prueba

ARTÍCULO 76.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconcimimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011)

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

TÍTULO XIII. SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

(Numeración del capítulo sustituida por art. 2° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 77.- Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan abordo como oficiales o marineros.

El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 78.- Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

ARTÍCULO 78 bis. — (Artículo derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS

TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Art. 79 a 108

Capítulo I. Delitos contra la vida

ARTÍCULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

ARTÍCULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTÍCULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTÍCULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 84 bis. - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida

en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

(Artículo incorporado por art. 15 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

(Artículo sustituido por art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Capítulo II

Lesiones

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

ARTÍCULO 90. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

ARTÍCULO 91. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

ARTÍCULO 92. - Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

ARTÍCULO 93. - Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 94. - Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia,

por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTÍCULO 95. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTÍCULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Capítulo IV

Duelo

ARTÍCULO 97. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 98. - Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 99. - El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1 Con multa de pesos mil a pesos quince mil si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

2 Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 100. - El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1º Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.

2 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3 Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

ARTÍCULO 101. - El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario.

2º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

ARTÍCULO 102. - Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

ARTÍCULO 103. - Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de pesos mil a pesos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Abuso de armas

ARTÍCULO 104. - Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

ARTÍCULO 105. - Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Capítulo VI

Abandono de personas

ARTÍCULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

TÍTULO II. DELITOS CONTRA EL HONOR. Art. 109 a 117

ARTÍCULO 109. - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 110. - El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 112. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 113. - El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 114. - Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

ARTÍCULO 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

ARTÍCULO 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

ARTÍCULO 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 117 bis.

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

TÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Art. 119 a 133

(Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 118.- (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

Capítulo II

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTÍCULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 121. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 122. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 123. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.893 B.O. 26/5/2004)

Capítulo III

ARTÍCULO 125. - El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 bis. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 127 ter. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

ARTÍCULO 129 — Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

(Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087, B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: multa actualizada anteriormente por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV

ARTÍCULO 130 — Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

(Artículo sustituido por art. 11° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Capítulo V

ARTÍCULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

ARTÍCULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

(Nota Infoleg: Rúbricas de los Capítulos II, III, IV y V derogadas por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL. Art. 134 a 140

Capítulo I. Matrimonios ilegales

ARTÍCULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta.

ARTÍCULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2º. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

ARTÍCULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

ARTÍCULO 138.- Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.**

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad** de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

(Artículo incorporado por art. 7º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo I

Delitos contra la libertad individual

ARTÍCULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 141. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

ARTÍCULO 142. - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARTÍCULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679 B.O. 09/05/2011)

ARTÍCULO 143. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

- 1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;
- 2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;
- 3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;
- 4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;
- 5º. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

ARTÍCULO 144. - Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.

ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;
2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;
3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

ARTÍCULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

ARTÍCULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

ARTÍCULO 145. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

ARTÍCULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

ARTÍCULO 148. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

ARTÍCULO 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.847 B.O. 12/4/2013)

ARTÍCULO 149. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

ARTÍCULO 149 bis. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

ARTÍCULO 149 ter. - En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Capítulo II

Violación de domicilio

ARTÍCULO 150. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

ARTÍCULO 151. - Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

ARTÍCULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTÍCULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTÍCULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTÍCULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTÍCULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTÍCULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

TÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTÍCULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTÍCULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciera uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo II

Robo

ARTÍCULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTÍCULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTÍCULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTÍCULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
- 2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
- 3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
- 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
- 5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
- 6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Capítulo III

Extorsión

ARTÍCULO 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

ARTÍCULO 169. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

ARTÍCULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

ARTÍCULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;
8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;
9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;
10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;
11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 174. - Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3º. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4º. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-

6º.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare,

hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.602 B.O. 20/6/2002 se incorporó el art. 174 bis pero fue vetado por Decreto N° 1059/2002 B.O. 20/6/2002)

ARTÍCULO 175. - Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos:

1º. El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2º. El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3º. El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4º. El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.-

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV bis

Usura

ARTÍCULO 175 bis. - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Quebrados y otros deudores punibles

ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTÍCULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

ARTÍCULO 178. - Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTÍCULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTÍCULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Capítulo VI

Usurpación

ARTÍCULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(Artículo sustituido por art. 2º Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 182. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

Capítulo VII

Daños

ARTÍCULO 183. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 184. - La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;
4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VIII

Disposiciones generales

ARTÍCULO 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

TÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Art. 186 a 208

Capítulo I

Incendios y otros estragos

ARTÍCULO 186. - El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 187. - Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.

ARTÍCULO 188. - Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

ARTÍCULO 189. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.189 B.O. 28/10/1999)

ARTÍCULO 189 bis . - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de **6 (SEIS) meses** a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

ARTÍCULO 189 ter .- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Capítulo II

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

(Denominación sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

ARTÍCULO 190. - Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

ARTÍCULO 191. - El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

2º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

3º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

4º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 192. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

ARTÍCULO 193. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

ARTÍCULO 193 bis. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 194. - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

ARTÍCULO 195. - Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

ARTÍCULO 196. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTÍCULO 197. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo III

Piratería

ARTÍCULO 198. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1º El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

2º El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;

4º El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación;

5º El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas;

6º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería;

7º El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio.

ARTÍCULO 199. - Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Capítulo IV

Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201. - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201 bis. - Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

ARTÍCULO 203. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 bis.- Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 ter.- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quater.- Será reprimido con multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quinquies: Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

ARTÍCULO 206. - Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 207. - En el caso de condenación por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

ARTÍCULO 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO. Art. 209 a

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTÍCULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTÍCULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Artículo incorporado por art. 4º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo II

Asociación ilícita

ARTÍCULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTÍCULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Capítulo III

Intimidación pública

ARTÍCULO 211. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Quando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

ARTÍCULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV

Apología del crimen

ARTÍCULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V

Otros atentados contra el orden público

ARTÍCULO 213 bis. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo VI. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo

(Capítulo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007)

Artículo 213 ter.- (Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

Artículo 213 quáter.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION

Capítulo I

Traición

ARTÍCULO 214. - Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.

ARTÍCULO 215. - Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

3º Si perteneciere a las fuerzas armadas. (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 216. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución.

ARTÍCULO 217. - Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

ARTÍCULO 218. - Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común.

Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44.

Capítulo II

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación

ARTÍCULO 219. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años. (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 220. Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años.

(Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 221. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

ARTÍCULO 222. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Párrafo sustituido por art. 8° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina.

Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Párrafo incorporado por art. 9° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 223. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio.

ARTÍCULO 224. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

ARTÍCULO 225. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.

TÍTULO X. DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTÍCULO 226. - Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTÍCULO 226 bis. - El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 227. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los

argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional).

ARTÍCULO 227 bis. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado; sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales.

ARTÍCULO 227 ter. - El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

ARTÍCULO 228. - Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase.

Capítulo II

Sedición

ARTÍCULO 229. - Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

ARTÍCULO 230. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Capítulo III

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 231. - Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas.

ARTÍCULO 232. - En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito.

ARTÍCULO 233. - El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

ARTÍCULO 234. - El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar. Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos.

ARTÍCULO 235. - Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena.- Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años.- Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

ARTÍCULO 236. - Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

ARTÍCULO 237. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 238. - La prisión será de seis meses a dos años:

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a

cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

ARTÍCULO 240. - Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

ARTÍCULO 240 bis - El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 241. - Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:

1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.

2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.

3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.

4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.

5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 242. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 243. - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Capítulo II

Falsa Denuncia

ARTÍCULO 244. -(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).

ARTÍCULO 245. - Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo III

Usurpación de autoridad, títulos u honores

ARTÍCULO 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTÍCULO 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 249 bis - El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTÍCULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.
2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTÍCULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión

de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.

Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)

ARTÍCULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 253 bis - El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

ARTÍCULO 254. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa. Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 255. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VI

Cohecho y tráfico de influencias

(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258 bis — Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

ARTÍCULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTÍCULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTÍCULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTÍCULO 263. - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTÍCULO 264. - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTÍCULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX

Exacciones ilegales

ARTÍCULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

ARTÍCULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX bis

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

ARTÍCULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 268 (2) — Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Capítulo X

Prevaricato

ARTÍCULO 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Capítulo XI

Denegación y retardo de justicia

ARTÍCULO 273. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

ARTÍCULO 274. - El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Capítulo XII

Falso testimonio

ARTÍCULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

ARTÍCULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

Capítulo XIII

Encubrimiento

(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
- e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

- a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.
- b) El autor actuare con ánimo de lucro.
- c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
- d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

ARTÍCULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 278.- (Artículo derogado por art. 2º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 279.-

1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Capítulo XIV

Evasión y quebrantamiento de pena.

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3º de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

ARTÍCULO 280. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

ARTÍCULO 281. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

TÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Capítulo I

Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito

ARTÍCULO 282. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

ARTÍCULO 283. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTÍCULO 284. - Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 285. - Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 286. - (Artículo derogado por art. 3° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 287. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Capítulo II

Falsificación de sellos, timbres y marcas

ARTÍCULO 288. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años:

1º. El que falsificare sellos oficiales;

2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos.- En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero.

ARTÍCULO 289. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.

3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 290. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.-

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 291. - Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.-

Capítulo III

Falsificación de documentos en general

ARTÍCULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 294. - El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos.

ARTÍCULO 295. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio.

La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

ARTÍCULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTÍCULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 298 bis. - Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 24.760 B.O.13/1/1997)

Capítulo IV

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 299. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.-

Capítulo V

De los fraudes al comercio y a la industria

ARTÍCULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 300 bis - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

(Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 301. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

ARTÍCULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurran las circunstancias del artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de

las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

TÍTULO XIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

(Título incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 303. - ...

1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o

cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 306.-

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.734 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 307.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información

privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 306 renumerado como artículo 307 por art. 1° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 308.- El mínimo de la pena prevista en el artículo anterior se elevará a dos (2) años de prisión y el máximo a seis (6) años de prisión, cuando:

- a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;
- b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se elevará a ocho (8) años de prisión cuando:

- c) El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;
- d) El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público. En estos casos, se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho (8) años.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 307 renumerado como artículo 308 por art. 2° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 309.-

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

- a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;
- b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la

situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 310.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente.

El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 311.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros.

En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 310 renumerado como artículo 311 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 312.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 311 renumerado como artículo 312 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 313.- Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 312 reenumerado como artículo 313 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 314. - El presente código regirá como ley de la Nación seis meses después de su promulgación. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 303 reenumerado como Artículo 306 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 315. - El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del código conjuntamente con la exposición de motivos que lo acompaña. Los gastos que origine la publicación se imputarán a esta ley. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 304 reenumerado como Artículo 307 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 316. - Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás en cuanto se opusieran a este código. Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 305 reenumerado como Artículo 308 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Antecedentes Normativos

- Artículo 313, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, se ha omitido la redacción del presente artículo;

- Artículo 309, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, ha quedado duplicado el número del presente artículo;

- Artículo 308 renumerado como Artículo 309 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 307 renumerado como Artículo 308 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 306 renumerado como Artículo 307 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 63, segundo párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011;

- Artículo 77, quinto párrafo, incorporado por art. 1° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 252, segundo párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 77, párrafo décimo tercero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo segundo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo primero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 128 sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 41 ter sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 ter incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 bis incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 193 bis incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008;
- Artículo 213 quáter incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 213 ter incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 278, inciso 5) incorporado por Art. 5º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006;
- Artículo 67, cuarto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 67, quinto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;

- Artículo 14 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004;
- Artículo 77, párrafo décimo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004;
- Artículo 279, inciso 3) sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003;
- Artículo 258 bis sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003;
- Artículo 41 ter, incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 24, último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25. 742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 206, párrafos incorporados por art. 1° de la Ley N° 25.528 B.O. 9/1/2002;
- Artículo 78 bis, incorporado por art. 51 de la Ley N° 25.506 B.O. 14/12/2001;
- Artículo 157 bis, incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000;
- Artículo 279 sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.246 B.O.10/5/2000. Vetada parcialmente por Decreto N° 370/2000 B.O.10/5/2000;
- Artículo 279, inciso 2), Frase "No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;" vetada por Decreto N° 370/2000 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 278 sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000.
- Artículo 278, Nota Infoleg: inciso 2) vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000: "2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito";
- Artículo 277, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Libro II, Título XI, Capítulo XIII, Denominación, sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 67, sustituido por art. 29 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a partir de los ocho días desde su publicación;
- Artículo 265 sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 84 sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;

- Artículo 94 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 203 sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 72 sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 119 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 131 derogado por art. 12 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 sustituido por art. 8° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 126 sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 125 bis incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 132 sustituido por art. 15 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 128, sustituido por art. 9° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 ter, incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 bis, sustituido por art. 16 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 23, sustituido por art. 26 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 258 bis, incorporado por art. 36 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 266 sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 189 bis, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999. Frase "o de uso civil condicionado" vetada por Decreto N° 496/1999;
- Artículo 189 ter, incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 73 sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995;
- Artículo 94, multa actualizada por la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 ter, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;

- Artículo 204 bis, Nota Infoleg, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 203, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 155, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 255, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 286, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 252, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72, inc. 3) incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.270 B.O. 26/11/1993;
- Artículo 298 bis, sustituido por art.9° de la Ley N° 24.064 B.O.17/1/1992;
- Artículo 301 bis derogado por art. 10 de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 204 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.737, B.O. 11/10/1989;
- Artículo 204 bis incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 ter incorporado por Ley N°23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 quater incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 77, párrafo noveno, sustituido por art. 40 de la Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 163, inciso 1, sustituido por Ley N° 23.588 B.O.24/8/1988;
- Actualización montos de las multas: Ley N° 23.479 B.O.26/1/1987, Ley N° 23.974 B.O.17/9/1991 y la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987;
- Rúbrica del Capítulo III, Título III del Libro Segundo, sustituida por art. 2° de la Ley N°23.487 B.O. 26/1/1987;
- Artículo 277, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987;
- Artículo 204, monto actualizado por art. 1° de la Ley N° 23.479, 16/1/1987;
- Artículo 279, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987.

CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 1º - Principio de legalidad y duración de proceso.

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 1º CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza.)

***Art. 2º - Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda.**

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel. (Concs. Art. 3º CPP Cba.; Art. 2º CPP Costa Rica; Art. 3º CPP Mza.; Art. 4º CPP Mza.)

*La regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las Leyes indicadas.

(ULTIMO PARRAFO AGREGADO POR LEY 7231, ART. 5)

Art. 3º - Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 3 CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza)

Art. 4º - Ámbito Temporal.

Este código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 2º CPP Cba.)

Art. 5º - Solución del conflicto

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

(Conc. Art. 7º CPP Costa Rica; Art. 10 CPP Mza -parcial-)

Art. 6º - Medidas cautelares

Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

(Conc. Art. 10 CPP Costa Rica)

Art. 7º - Garantía para el imputado-Defensa Técnica.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.

(Conc. Art. 12 -parcial- y Art. 13 CPP Costa Rica)

TÍTULO II. ACCIONES PROCESALES

CAPÍTULO 1. ACCIÓN PENAL

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES. EJERCICIO

***Art. 8º - Acción Penal**

La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

(Concs. parciales Art. 5º CPP Cba.; Art. 16 CPP C.Rica; Art. 6º CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 1)

Art. 9º - Acción dependiente de instancia privada.

Quando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. Será considerado guardador quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor.

La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito.

(Concs. Art. 6º CPP - Cba.; Art. 7º CPP - Mza.)

Art. 10 - Querellante particular.

- El ofendido penalmente por un delito de acción pública,
- sus herederos forzosos,
- representantes legales o
- mandatarios,

podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

El mismo derecho tendrá cualquier persona
contra funcionarios públicos,

que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos;
cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo
así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

(Concs. Art. 7° CPP Cba.; Art. 75 segunda parte CPP C. Rica)

Art. 11 - Acción privada.

La acción privada se ejercerá por medio de querella, en la forma especial que este Código establece.

(Conc. Art. 8° CPP Cba.)

Art. 12 - Prejudicialidad civil y penal.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción deberán resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las referentes a la validez o nulidad del matrimonio, cuando de su resolución dependa la existencia del delito. En estos casos, el ejercicio de la acción penal se suspenderá, aún de oficio, hasta que en la jurisdicción civil recaiga sentencia firme, la que producirá el efecto de cosa juzgada. Si el ejercicio de la acción penal dependiera de juicio político, desafuero o enjuiciamiento previo, se observarán los límites y condiciones establecidos por la ley.

(Concs. Art. 1°, 9° y 10 CPPCba.; Art. 21 CPP C.Rica; Arts. 11 y 13 CPP - Mza.)

***Art. 13 - Apreciación**

Cuando se deduzca una excepción de prejudicialidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, podrán apreciar, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil. En caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenará que éste continúe.

Cuando la resolución que ordene o deniegue la suspensión fuere dictada por el Fiscal de Instrucción, podrá ser objeto de oposición. El Juez de Garantías resolverá, sin sustanciación, en el término de tres días. La resolución no será apelable.

(Concs. Art. 11 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 14 - Efectos de la suspensión

Resuelta la suspensión del proceso de acuerdo con el Artículo 12, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, pudiendo disponerse las restricciones previstas en el artículo 280 y practicarse los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 12 CPP Cba.)

Art. 15 - Juicio Civil necesario.

El Juicio civil que fuere necesario podrá ser promovido y proseguido por el Fiscal en lo Civil, con citación de todos los interesados.

(Concs. Art. 13 CPP Cba.)

SECCIÓN SEGUNDA OBSTÁCULOS FUNDADOS EN PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Art. 16 - Procedimiento contra un legislador.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un legislador, el Fiscal de Instrucción interviniente, practicará todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. Si existiera mérito para proseguir la causa, solicitará el desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, acompañando una copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen.

Si aquel hubiera sido detenido por sorprenderlo in fraganti en la ejecución de delito que permita situación de libertad (Art. 280), el Fiscal de Instrucción pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la Cámara Legislativa correspondiente.-

(Concs. Art. 14 CPP Cba., Art. 199 y 200 CPP Mza. -parcial-)"

Art. 17 - Procedimiento contra otros funcionarios.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un funcionario sujeto a juicio político o enjuiciamiento previo, el Fiscal de Instrucción competente podrá practicar todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. El Fiscal de Instrucción remitirá copia de las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento.

El funcionario sujeto a investigación podrá ser enjuiciado cuando fuere suspendido o destituido por la Cámara de Senadores o por el Tribunal de Enjuiciamiento. (Concs. Art. 15 CPP Cba.; Art. 201 CPP Mza. - parcial -).

Art. 18 - Varios imputados.

Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros.

(Concs. Art. 15. CPP Cba.; 202 CPP Mza.-parcial-)

SECCIÓN TERCERA. EXCEPCIONES

Art. 19 - Enumeración.

El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no pudiere proseguir.
- 3) Extinción de la pretensión penal.

Si concurrieran dos o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

(Concs. Art. 17 CPP Cba.; Art. 42 CPP Costa Rica).

Art. 20 - Interposición y prueba.

Las excepciones se deducirán por escrito y, si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad. Si las excepciones se basaren en hechos que deban ser probados, previamente se ordenará la recepción de la prueba por un término que no podrá exceder de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa. El acta se labrará en forma sucinta. El trámite de la excepción no podrá durar más de un mes, no computándose el tiempo de diligenciamiento de prueba fuera de la provincia, incidentes, recursos o actos que dependan de la actividad de las partes.

(Conc. Art. 18 CPP Cba.)

***Art. 21 - Trámite y resolución.**

De las excepciones planteadas se correrá vista al Ministerio Público, al querellante particular y a las partes interesadas. El Tribunal resolverá por auto.

Si se dedujera durante la investigación fiscal, efectuado el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Fiscal elevará el incidente a resolución del Juez de Instrucción, con opinión fundada, en el término de tres días. Si no hubiera prueba que recibir, elevará inmediatamente las actuaciones.

(Conc. Art. 19 CPP Cba.; Art. 43 CPP C. Rica)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 22 - Tramitación separada.

El incidente se sustanciará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la investigación. La resolución será apelable.

(Conc. Art. 20 CPP Cba.)

Art. 23 - Falta de jurisdicción o de competencia.

Si se admitiere la falta de jurisdicción o de competencia, excepción que deberá ser resuelta antes que las demás, se procederá conforme a los artículos 52 y 56. (Conc. Art. 21 CPP Cba.)

Art. 24 - Excepciones perentorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido.

(Conc. Art. 22 CPP Cba.)

Art. 25 - Excepciones dilatorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción dilatoria, se ordenará el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

(Conc. Art. 23 CPP Cba.)

SECCIÓN CUARTA. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACTUACIÓN ENCUBIERTA

Art. 26 - Principio de oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- 2)** Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3)** En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4)** En el juicio abreviado;
- 5)** En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
 1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;
 2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
 3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

(Concs. Art. 22 CPP Costa Rica; Ley Nº 23.737)

6) En los casos en los que corresponda la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de conformidad con el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por dicho régimen". (Ley 9237)

Art. 27 - Efectos del Criterio de Oportunidad.

Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Si se produjere la reiteración de un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

(Concs. Art. 23 CPP Costa Rica).

Art. 28 - Plazo para solicitar criterios de oportunidad.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse durante la sustanciación de la causa, y hasta la citación a juicio (artículo 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

(Concs. Art. 24 CPP Costa Rica).

Art. 29 - Actuación encubierta. Investigación bajo reserva.

Actuación encubierta. El Fiscal de Instrucción podrá, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o miembro de la policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delito y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal y leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del Fiscal de Instrucción.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el Fiscal de Instrucción deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no conforme al artículo 34 inc. 4) del Código Penal Argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la

autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este artículo, el Fiscal de Instrucción resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el Fiscal de Instrucción señale tendientes a la protección del agente. Si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto. Investigación bajo reserva.

El Fiscal podrá autorizar la reserva de identidad de uno o más investigadores de la Fiscalía, cuando ello sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación, por un período de tres meses, el que podrá extenderse hasta seis meses.

Concluido el plazo, el Fiscal elaborará una conclusión sobre la investigación, y si se advierte la probable comisión de delito, revelará la identidad de los investigadores de ser necesario y dará inicio a la investigación penal preparatoria conforme la norma del Art. 313 y concordantes. En caso contrario archivará las actuaciones.

El Fiscal será responsable directo de los investigadores.

(Concs. Ley Nº 23737; Art. 335 Anteproyecto CPP de la Provincia. Del Neuquén).

SECCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Art. 30 - Procedencia.

El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación del procedimiento. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena. No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión.

(Conc. Art. 25 CPP Costa Rica; Art. 3 Ley Nº 24316)

Art. 31 - Condiciones por cumplir durante el período de prueba.

El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas de conducta cuando estime que resultan razonables.

(Conc. Art. 26 CPP C. Rica)

Art. 32 - Notificación y vigilancia de las condiciones de prueba.

El Tribunal deberá explicarle personalmente al imputado las condiciones que deberá cumplir durante el período de prueba y las consecuencias de incumplirlas. Dispondrá también las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones. (Conc. Art. 27 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 2. ACCIÓN CIVIL

Art. 33 - Ejercicio. Titulares. Limitaciones.

La acción civil destinada a obtener la restitución del objeto material del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de homicidio. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediare entre ellos un concurso ideal de delito.

(Concs. Art. 24 CPP Córdoba; Art. 37 CPP Costa Rica)

Art. 34 - Delegación. Defensor de Pobres y Ausentes

La acción civil deberá ser ejercida por un Defensor de Pobres y Ausentes, cuando:

- a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.
- b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Ministerio

Pupilar. En ningún caso podrá el mismo Defensor de Pobres y Ausentes ejercer simultáneamente la acción civil y el cargo de Defensor del imputado.

(Concs. Art. 25 CPP Cba.; Art. 39 CPP Costa Rica)

Art. 35 - Carácter accesorio.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Sobreseído el imputado o suspendido el procedimiento por alteración grave de sus facultades mentales - acreditada por informe médico forense-, o decretada la rebeldía del imputado, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

(Concs. Art. 27 CPP Cba.; Art. 40 CPP Costa Rica -parcial-; Arts. 16 y 17 CPP Mza.).

Art. 36 - Ejercicio alternativo.

La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles; pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones.

(Concs. Art. 41 CPP Costa Rica)

TÍTULO III. TRIBUNAL

CAPÍTULO 1. JURISDICCIÓN

Art. 37 - Extensión y Carácter.

La Jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la Ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable.

(Concs. Art. 28 CPP Cba.; Art. 45 CPP Costa Rica; Art. 18 CPP Mza.)

Art. 38 - Jurisdicciones Especiales.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción federal o militar, el orden de juzgamiento se regirá por la ley nacional. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 29 CPP -Cba.; Art. 19 CPP Mza)

Art. 39 - Jurisdicciones Comunes.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro correspondiente a la jurisdicción de otra provincia, primero será juzgado en Mendoza, si el delito imputado aquí fuere de mayor gravedad. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 30 CPP Cba.; Art. 20 CPP Mza)

Art. 40 - Trámite Simultáneo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, el proceso de jurisdicción provincial podrá sustanciarse simultáneamente con el conexo, cuando ella no determine obstáculos para el ejercicio de las jurisdicciones o para la defensa del imputado. (Concs. Art. 31 CPP Cba.; Arts. 52 y 53 CPP Costa Rica)

Art. 41 - Unificación de Penas.

Cuando una persona hubiere sido condenada en diversas jurisdicciones y correspondiere unificar las penas (C.P. 58), el Tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según hubiere impuesto la pena mayor o la menor. El condenado cumplirá la pena en la Provincia cuando en ésta se disponga la unificación, salvo que la ley determine lo contrario.

(Concs. Art. 32 Cba.; Art. 54 CPP Costa Rica; Art. 21 CPP Mza)

CAPÍTULO 2. COMPETENCIA

SECCIÓN PRIMERA. COMPETENCIA MATERIAL

Art. 42 - Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 33 CPP - Cba.; Art. 22 CPP - Mza.)

Art. 43 - Revisión por el Tribunal de Sentencia.

El Tribunal que hubiera dictado sentencia en la causa, conocerá excepcionalmente del recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la pena impuesta no exceda del máximo admitido en la nueva Ley.

***Art. 44 - Cámara del Crimen. Tribunal Penal Colegiado.**

La Cámara del Crimen o el Tribunal Penal Colegiado a través de sus Salas Unipersonales o en Colegio, de conformidad con lo previsto en los artículos 45, 46 y concordantes, juzgará en única instancia los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal.

(Concs. Art. 34 CPP - Cba.; Concs. parcial Art. 24 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 28)

***Art. 45 - Regla: Salas Unipersonales.**

A los fines del ejercicio de su competencia, cada juez de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado asumirá la jurisdicción y procederá con las normas del juicio común, excepto lo previsto en el Art. 46, salvo para los actos preliminares del juicio común previstos en el Capítulo I, Título II, del Libro Tercero de este Código que siempre será en Salas unipersonales.

(Concs. Art. 34 bis CPP Cba.). (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 29)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 2)

***Art. 46 - Excepción: Jurisdicción en Colegio.**

No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse las partes a juicios (último párrafo del artículo 364,) el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción.

(Concs. Art. 34 Ter CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 30)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 3)

***Art. 47 - Competencia de Apelación.**

Los Jueces que integran las distintas Cámaras del Crimen o los Tribunales Penales Colegiados y los Tribunales Penales de Menores en Salas Unipersonales, asumiendo la Jurisdicción, conocerán de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones apelables de los Jueces que integran los Juzgados de Garantías, Ejecución y de los Juzgados Penales Colegiados. Excepcionalmente, se procederá conforme al artículo 46 de la presente ley.

La asignación de los casos, por las Oficinas de Apelaciones Penales (OAP), en Salas Unipersonales o en Colegio, se hará aleatoriamente entre todos los Jueces competentes por sistema informático,

manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

La audiencia oral de apelación será fijada, según los artículos 294 y 472, exclusivamente en horario vespertino.

(Concs. Art. 35 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 31)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 3)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 4)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 48 - Juez de Ejecución. Juzgado Penal Colegiado**

Los jueces penales de primera instancia tendrán la competencia penal del presente Código y la que la ley le asigne, según las siguientes funciones:

- 1) El Juez de Garantías intervendrá tan solo en los supuestos que este Código le atribuye jurisdicción.
- 2) El Juez de Flagrancia intervendrá en el procedimiento de flagrancia conforme los artículos 439 bis, ter y quater.
- 3) El Juez Correccional intervendrá en el procedimiento correccional y juzgará en los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieran reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con multa y/o inhabilitación.
- 4) El Juez de Ejecución Penal intervendrá en los supuestos del Libro V de este Código.
(Concs. Art. 36 CPP Cba.; Art. 25 CPP Mza. -parcial-).
(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 32)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8680, ART. 8)
(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 49 - Jueces Penales Colegiados.**

Los Jueces Penales Colegiados tendrán competencia en todos los supuestos en que este Código les atribuye jurisdicción, en materia de Garantías, Correccional, Flagrancia y Ejecución.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 33)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 5)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7280, ART. 1) (Conc. Art. 37 CPP Cba.)

***Art. 49 bis - El Juez de Delitos de Tenencia** juzgará en única instancia los delitos previstos en los apartados (2) y primer párrafo del (3) del artículo 189 bis del Código Penal, cualesquiera fuera su pena.

Asimismo, juzgará de aquellos delitos cuya acción típica esté constituida por la tenencia o portación de objetos, cualesquiera fuera la pena conminada en la ley penal, y que la Suprema Corte de Justicia incluya en su competencia.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 8263, ART. 1. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1)

Art. 50 - Juez de Paz.

Si en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores, el Juez de Paz practicará los actos urgentes de la investigación con arreglo al artículo 316. Podrá recibir declaración al imputado en la forma y con las garantías establecidas por la Ley, ordenar su detención en los casos previstos en los artículos 284 y 286, comunicándola inmediatamente al órgano competente; y recibir las declaraciones testificales, según las normas de la investigación penal preparatoria. Deberá remitir las actuaciones al órgano judicial competente dentro del término de cinco días a contar de su avocamiento, mas en caso de difícil investigación, aquél podrá prorrogar este término por otro tanto.

(Concs. Art. 39 CPP Cba.)

Art. 51 - Determinación.

Para determinar la competencia se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, será competente la Cámara en lo Criminal.

(Concs. Art. 40 CPP Cba.; Art. 30 CPP Mza)

Art. 52 - Incompetencia.

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso. El Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere.

Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

(Concs. Art. 41 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 31 CPP Mza.)

Art. 53 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sean imposibles repetir.

Esta disposición no regirá cuando un Tribunal de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

(Concs. Art. 42 CPP Cba. ; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 32 CPP Mza.)

SECCIÓN SEGUNDA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Art. 54 - Reglas Principales.

Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.

(Concs. Art. 43 CPP Cba.; Art. 47 inc. a) CPP Costa Rica; Art. 33 CPP Mza)

Art. 55 - Regla Subsidiaria.

Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior.

(Concs. Art. 44 CPP Cba., Art. 47 inc.a) CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 34 CPP Mza.)

Art. 56 - Incompetencia.

En cualquier estado del proceso, el Tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 45 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 35 CPP Mza)

Art. 57 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia.

(Concs. Art. 46 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Art.36 CPP - Mza)

SECCIÓN TERCERA. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Art. 58 - Casos de Conexión.

Las causas serán conexas:

- 1) Si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas.
- 2) Si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.
- 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

(Concs. Art. 47 CPP - Cba. ; Art. 50 inc. b) CPP - Costa Rica; Art. 37 CCP - Mza.)

***Art. 59 - Efecto de la conexión: Unidad de investigación y juzgamiento.**

Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, deberá intervenir con unidad de investigación la misma Fiscalía y de juzgamiento el mismo Tribunal, y será competente:

- 1) El Tribunal competente para juzgar el delito más grave.
- 2) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el Tribunal competente para juzgar el delito que se cometió primero.
- 3) Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior. Se podrá disponer la acumulación de procesos mientras transite la misma etapa procesal, salvo cuando ello determine grave retardo para alguno. A pesar de la acumulación, las actuaciones se compilarán por separado. El Procurador podrá disponer por razones de especialidad o funcionalidad otros criterios de intervención, manteniendo siempre la unidad de investigación, salvo lo autorizado por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 48 CPP - Cba.; Art. 51 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 38 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 1)

***Art. 60 - Excepción a la unidad de investigador o juzgador.**

No serán aplicables las reglas de la unidad de investigación y juzgamiento de causas conexas, cuando se deba actuar siguiendo el procedimiento de flagrancia previsto por los Artículos 439 bis, 439 ter y 439 quater.

(Concs. Art. 49 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 39 CPP Mza)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 2)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 2. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7692, ART. 1)

CAPÍTULO 3. RELACIONES JURISDICCIONALES

SECCIÓN PRIMERA. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***Art. 61 - Tribunal Competente.**

Si dos (2) Tribunales Penales Colegiados se declarasen simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho, el conflicto será resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

Surgido el conflicto de competencia, el expediente deberá remitirse a la Suprema Corte de Justicia en el plazo de dos (2) días y resolverse en el plazo perentorio de cinco (5) días y en los casos con detenidos el plazo de resolución es fatal.

(Concs. Art. 50 CPP - Cba.; Art.40 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 34)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 3)

Art. 62 - Promoción.

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente.

El que opte por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlos simultánea o sucesivamente.

Al plantear la cuestión, el oponente deberá, manifestar, bajo pena de inadmisibilidad, no haber usado el otro medio, y si resultare lo contrario, será condenado en costas, aunque aquélla se resuelva a su favor o sea abandonada.

(Concs. Art. 51 CPP - Cba.; Art. 41 CPP Mza)

Art. 63 - Oportunidad.

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 52, 56 y 386.

(Concs. Art. 52 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 42 CPP Mza)

***Art. 64 - Inhibitoria.**

Cuando se promueva inhibitoria se observarán las siguientes normas:

1) El Tribunal ante quien se proponga la resolverá previa vista al Ministerio Público. Si la resolución que deniega el requerimiento de inhibición fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Cuando decida librar exhorto inhibitorio, con él acompañará las piezas necesarias para fundar su competencia.

2) Cuando reciba exhorto de inhibición, el Tribunal requerido resolverá previa vista al Ministerio Público, y a las partes. Si la resolución que hace lugar a la inhibitoria fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Los autos serán remitidos oportunamente al Juez que la propuso, poniendo a su disposición al imputado y los elementos de convicción que hubiere. Si negare la inhibición informará al Tribunal que la hubiere propuesto, remitiéndole copia del auto, y le pedirá que conteste si reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.

3) Recibido el oficio antes expresado, el Tribunal que propuso la inhibitoria resolverá sin más trámite si sostiene o no su competencia: en el primer caso remitirá los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y se lo comunicará al requerido para que haga lo mismo con el proceso; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado.

4) La Suprema Corte de Justicia decidirá previa vista al Ministerio Público y enviará inmediatamente la causa al competente.

(Concs. Art. 53 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 43 CPP Mza)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 65 - Declinatoria.

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones (20 y ss.).

(Concs. Art. 54 CPP - Cba.; Art. 44 CPP Mza)

Art. 66 - Efectos.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada:

1) Por el Juez que primero conoció en la causa.

2) Si dos jueces hubieran proveído en la misma fecha, por el requerido de inhibición.

Las cuestiones propuestas antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el Tribunal ordene una investigación suplementaria (369).

(Concs. Art. 55 CPP - Cba.; Art. 49 CPP - Costa Rica; Art. 45 CPP - Mza)

Art. 67 - Validez de los actos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal determinará, si correspondiere (53 y 57), qué actos del declarado incompetente no conservan validez.

(Concs. Art. 56 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 46 CPP Mza)

Art. 68 - Cuestiones de Jurisdicción.

Las cuestiones de jurisdicción con jueces nacionales, militares o de otras provincias se resolverán conforme a lo dispuesto anteriormente para las de competencia, con arreglo a la Ley nacional o tratados interprovinciales que existieren.

(Concs. Art. 66 CPP - Cba.; Art. 46 CPP Costa Rica; Art. 54 CPP - Mza -parcial)

SECCIÓN SEGUNDA. EXTRADICIÓN

Art. 69 - Requerimiento a jueces del País.-

Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.

(Conc. Art. 48 CPP Mza.; Art. 58 CPP Cba.).

Art. 70 - Requerimiento a jueces extranjeros.-

Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.

(Conc. Art. 49 CPP Mza; arts. 59 y 160 CPP Cba.)

Art. 71 - Requerimientos de otros jueces.-

Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69.

Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

(Conc. Art. 50 CPP Mza; Art. 58 CPP Cba.)

***CAPÍTULO 4. APARTAMIENTO Y RECUSACIÓN**

(DENOMINACION SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

***Art. 72 - Motivos de Inhibición.**

1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado.

2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.

3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.

4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.

5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.

8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.

9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad (Concs. Art. 60 CPP Cba.; Art. 55 CPP Costa Rica; Art. 51 CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 73 - Interesados.

A los fines del artículo anterior, se consideran interesados el Ministerio Público, el imputado, el querellante, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

(Concs. Art. 61 CPP Cba.; Art. 55 in fine CPP Costa Rica; Art. 53 CPP Mza)

Art. 74 - Oportunidad de la Inhibición.

El Juez deberá inhibirse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 72, aunque hubiera intervenido antes en el proceso.

(Concs. Art. 62 CPP Cba.)

Art. 75 - Excepción.

No obstante el deber impuesto por el artículo 72, los interesados podrán solicitar al Juez que siga conociendo en la causa, excepto que el motivo de la inhibición esté previsto en alguno de los cuatro primeros incisos o cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tenga sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo sociedad anónima.

Aquél resolverá sin recurso alguno.

(Concs. Art. 63 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 52 CPP Mza)

***Art. 76 - Tribunal Competente.**

Los jueces que tienen competencia en apelación (artículo 47), juzgarán de la inhibición o recusación de los jueces penales de primera instancia del artículo 48 y estos, de los jueces de paz que actúen en procesos en que aquellos sean competentes. Y los Tribunales Colegiados, previa integración conforme el artículo 46, la recusación de sus miembros.

La recusación no admitida de los jueces de los juzgados penales colegiados (artículo 49), será juzgada por los jueces con competencia en apelación conforme a los artículos 46 y 47, la de los Tribunales Penales Colegiados previa integración colegiada de tres jueces, la de sus miembros.

(Concs. Art. 64 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 57 - 2º Parte CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 36)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 77 - Trámite de la Inhibición.**

El Juez que se inhiba remitirá el expediente, por decreto fundado, al que deba reemplazarlo; éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso, sin perjuicio de que eleve los antecedentes en igual forma al Tribunal respectivo, si estimare que la inhibición no tiene fundamento. La incidencia será resuelta sin más trámite.

Cuando el Juez que forme parte de un Tribunal colegiado reconozca un motivo de inhibición, pedirá que se disponga su apartamiento.

Cuando los motivos de inhibición sean reconocidos por la totalidad de sus integrantes, la causa deberá ser remitida al Tribunal subrogante.

*Los jueces de los Juzgados penales colegiados y Tribunales penales colegiados que se inhiban será reemplazados inmediatamente por la OGAP por otros integrantes del juzgado o tribunal manteniendo siempre la equitativa carga de trabajo.

(Concs. Art. 65 CPP Cba.; Art. 56 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 37)

***Art. 78 - Recusantes.**

El Ministerio Público Fiscal y las partes, podrán recusar al Juez sólo cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 72.

(Concs. Art. 66 CPP Cba.; Art. 57 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 54 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 38)

Art. 79 - Tiempo y Forma de Recusar.

La recusación deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en un escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba de los que haya de valerse, en las siguientes oportunidades: durante la investigación, antes de la clausura; en el juicio, durante el término de citación (364); cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468) o al deducir el de revisión.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causal producida o conocida después de los plazos susodichos, podrá deducirse dentro de las 24 horas a contar de la producción o el conocimiento.

Además, en caso de ulterior integración de Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las 24 horas de la resolución que la hubiera dispuesto.

(Concs. Art. 67 CPP Cba.; Art. 58 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 56 CPP Mza)

Art. 80 - Trámite de la Recusación.

Si el Juez admitiere la recusación, se procederá con arreglo al artículo 77. En caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al Tribunal competente (76), para que el incidente se tramite por pieza separada, o si el Juez integrase un Tribunal colegiado, pedirá el rechazo de aquélla.

Previa audiencia en que se recibirá la prueba e informarán las partes, el Tribunal competente resolverá el incidente dentro de las 48 horas, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 68 CPP Cba.; Art. 59 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 57 CPP Mza)

***Art. 81 - Recusación no Admitida.**

Si el Juez de Instrucción fuere recusado y no admitiere la existencia del motivo que se invoca, continuará la investigación aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciera lugar a la recusación, los actos serán declarados nulos siempre que el recusante lo pidiera en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al Juzgado que deba actuar.

(Concs. Art. 69 CPP Cba.; Art. 58 CPP Mza. -Parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 82 - Recusación de Secretarios

Los Secretarios deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos que expresa el artículo 72, y el Tribunal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente lo que corresponda, sin recurso alguno.

(Concs. 70 CPP Cba.; Art. 60 CPP Costa Rica)

***TÍTULO IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**

(NOMBRE DEL TÍTULO MODIFICADO POR LEY 8008, ART. 59, INC. 16)

CAPÍTULO 1. FUNCIÓN

***Art. 83 - Función.**

El Ministerio Público Fiscal tendrá las funciones que determine este Código y las leyes respectivas.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 17)

(Concs. Art. 71 CPP Cba.; Art. 62 CPP Mza)

***Art. 84 - Procurador General.**

El Procurador General es la autoridad superior del Ministerio Público Fiscal y responsable principal de la persecución penal. Dirigirá la Policía Judicial y demás órganos auxiliares de dicho Ministerio. Actuará también en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 18)

(Concs Art. 72 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica - Parcial)

***Art. 85 - Fiscal de Cámara.**

Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. Podrá llamar al Fiscal de Instrucción que haya intervenido en la investigación penal

preparatoria, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate. 2. Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 6)

(Concs. Art. 73 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica; Art. 63 CPP Mza)

***Art. 86 - Fiscal de apelación.**

Además de las funciones acordadas por la Ley y las directivas del Procurador, el Fiscal de Instrucción actuará en los recursos de apelación en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 4)

(Concs. Art. 74 CPP Cba.)

***Art. 87 - Fiscal de Instrucción.**

El Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, dará órdenes a la Policía Judicial, dirigirá las investigaciones, practicará y hará practicar los actos inherentes a ella y actuará ante los jueces penales de primer instancia (artículo 48 o 49), jueces con competencia en apelación, Cámaras del Crimen o Tribunales Penales Colegiados, cuando corresponda, en la investigación penal preparatoria, en el procedimiento Correccional, en el procedimiento de Flagrancia y en la etapa de debate.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 39)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 7)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 19)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Concs. Art. 75 CPP Cba.; Art. 64 CPP Mza - Parcial)

CAPÍTULO 2. FISCAL DE INSTRUCCIÓN

Art. 88 – Ámbito de Actuación.

En la investigación fiscal, el ámbito material y territorial de actuación del Fiscal de Instrucción y lo relativo a conexión de causas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 51 al 60, en cuanto sean aplicables. En el caso del artículo 59 inciso 3, el Procurador General designará al Fiscal que deba intervenir.

No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando la investigación la deban realizar Fiscales de Instrucción con asiento en distintas sedes, salvo que pudiera afectar los fines de aquella (314 y 315).

(Concs. Art. 76 CPP Cba.)

***Art. 89 - Conflictos de Actuación.**

Los conflictos de actuación planteados por los Fiscales de Instrucción o por las partes, serán resueltos por los Fiscales Adjuntos de la Procuración General o, según sea la jurisdicción, por el Fiscal de la Cámara del Crimen que correspondiere, sin más trámite. La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento de la investigación preparatoria, hasta su clausura.

(TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 46)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 20)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")(Concs. Art. 77 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. INHIBICIONES Y RECUSACIÓN

***Art. 90 - Casos, Trámite.**

Los miembros del Ministerio Público Fiscal deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en el artículo 72, con excepción de sus incisos 7) y 8).

Cuando se inhiban remitirán inmediatamente el expediente por decreto fundado al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si, en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Fiscal Adjunto o, según sea la jurisdicción, al Fiscal del Tribunal Colegiado que correspondiere, quien resolverá la incidencia sin más trámite.

Cuando sean los Fiscales de Tribunales Colegiados - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales- quienes se inhiban, remitirán inmediatamente las actuaciones por decreto fundado, al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Procurador General, quien resolverá sin más trámite.

Los interesados sólo podrán recusar a los miembros del Ministerio Público Fiscal cuando exista alguno de los motivos enumerados en el artículo 72 incisos 1) al 6) y 9) al 11).

El recusado deberá remitir inmediatamente las actuaciones al Fiscal Adjunto, o según sea la jurisdicción al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal- que correspondiere, quien resolverá sin más trámite. Si se recusase a los Fiscales del Tribunal Colegiado - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales-, resolverá el Fiscal Adjunto Penal sin más trámite.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 40)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 47)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 21)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Conc. Art. 78 CPP Cba.; Art. 66 CPP C. Rica; Art. 67 CP.P. Mza)

Art. 91 - Recusación de los Secretarios del Fiscal de Instrucción.

Los Secretarios del Fiscal de Instrucción deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos del artículo 72.

El Fiscal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente sin recurso alguno.

(Concs. Art. 66 CPP C. Rica)

TÍTULO V. PARTES Y DEFENSORES

CAPÍTULO 1. IMPUTADO

SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS GENERALES

Art. 92 - Calidad e Instancias.

Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda.

(Conc. Art. 81 CPP Cba.; Art. 68 CPP Mza; Art. 81 y 82 CPP C. Rica)

***Art. 93 - Identificación.**

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, identificadores biométricos dactilares, cámaras de identificación facial, huellas genéticas digitalizadas, señas particulares y fotografías.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 41)

(Conc. Art. 69 CPP Mza; Art. 81 CPP Cba.; Art. 83 CPP C.Rica)

Artículo 93 bis - Identificación de las Personas Jurídicas.

La identificación de la Persona Jurídica imputada de los delitos previstos en la Ley Nacional N° 27.401 se practicará en base a las disposiciones contenidas en los artículos 151° y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo aplicarse también las leyes respectivas que sean necesarias a los efectos de la identificación de las mismas." (Ley 9237)

Artículo 94° - Identidad física o jurídica.

Cuando sea cierta la identidad física o jurídica de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos no alterarán el curso del proceso, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución. (Ley 9237)

Art. 95 - Presunta Inimputabilidad.

Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el artículo 299, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiere, por el Defensor de Pobres y Ausentes, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o el tutor.

(Concs. Art. 83 CPP Cba.; Art. 71 CPP Mza)

***Art. 96 - Incapacidad Sobreviniente.**

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al

cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. El Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz.

(Concs. Art. 84 CPP Cba.; Art. 72 CPP Mza.; 85 CPP Costa Rica).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 97 - Pericia Psiquiátrica.

El imputado será sometido a pericia psiquiátrica siempre que fuere

- menor de 18 años,
- mayor de 70,
- sordo - mudo;
- cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o
- estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o,
- si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el art. 52 del CP

(Concs. Art. 85 CPP Cba.; Art. 87 CPP C. Rica; Art. 73 CPP Mza)

SECCIÓN SEGUNDA. REBELDÍA

Art. 98 - Casos en que Procede

Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciera a la citación judicial; no cumpliera la obligación impuesta por el artículo 298; se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare del lugar designado para su residencia, sin licencia del Tribunal o del Fiscal de Instrucción. (Concs. Art. 86 CPP Cba.; Art. 89 CPP C. Rica; Art. 166 CPP Mza - Parcial)

Art. 99 - Declaración.

En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según

corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.

"Tratándose de personas jurídicas privadas, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, deberá informar dicha resolución a la Dirección de Personas Jurídicas, Dirección de Registros Públicos, Dirección de Asociativismo y Cooperativas y otras dependencias, de manera que adopten las medidas que les correspondan, conforme el tipo de entidad de que se trate y de acuerdo a normativa vigente, como así también a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos". (2° párrafo incorporado por Ley 9237)

(Concs. Art. 87 CPP Cba.; Art. 167 CPP Mza)

Art. 100 - Efectos sobre el Proceso.

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada

la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

(Concs. Art. 88 CPP Cba.; Art. 90 CPP C. Rica; Art. 168 CPP Mza)

Art. 101 - Efectos sobre la Prisión Preventiva y las Costas.

La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la medida del artículo 295 y obligará al imputado al pago de las costas causadas por la contumacia.

(Conc. Art. 89 CPP Cba.; Art. 169 CPP Mza)

Art. 102 - Justificación.

Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquella será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior.

(Conc. Art. 90 CPP Cba.; Art. 170 CPP Mza; Art. 90 CPP C. Rica - parcial)

CAPÍTULO 2. QUERELLANTE PARTICULAR

Art. 103 - Instancia y Requisitos.

Las personas mencionadas en el artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular.
- 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda.
- 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere.
- 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

(Conc. Art. 91 CPP Cba.; Art. 72, 75 y 76 CPP C. Rica - parcial)

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante particular, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inciso 5 incorporado por Ley 9237)

***Art. 104 - Oportunidad. Trámite.**

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la presente Ley desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de investigación con el objeto determinado en el Artículo 315, aunque no hubiere imputado en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres (3) días.

El pedido será resuelto por el Juez de Garantías en audiencia oral.

(Conc. Art. 92 CPP Cba.; Art.77 CPP Costa Rica).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 2)

***Art. 105 - Rechazo.**

Si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, éstos podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable.

(Conc. Art. 93 CPP Cba.; Art. 77 CPP Costa Rica -parcial-).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 106 - Facultades y Deberes.

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código.

La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo.

En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado.

En los casos que se resuelvan conforme al Art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

(Conc. Art. 94 CPP Cba.; Art. 80 CPP C. Rica)

Art. 107 - Renuncia.

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado.

Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones.

(Conc. Art. 95 CPP Cba.; Art. 78 y 79 CP.P. C. Rica)

CAPÍTULO 3. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

***Art. 108 Víctima del Delito.**

La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.

b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.

c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado.

d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.

e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.

f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima.

Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Púpilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

(Conc. Art. 89 bis CPP Mza.; Art. 96 CPP Cba. -parcial-; Art. 71 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 1)

***Art. 108 bis –**

En caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y sólo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
- b) Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
- c) Consentimiento informado de la mujer.
- d) Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

- 1) Vencimiento del plazo judicial.
- 2) Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
- 3) Solicitud de la mujer.
- 4) Sobreseimiento o absolución del denunciado. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8931, ART. 3)

CAPÍTULO 4. ACTOR CIVIL

Art. 109 - Constitución de Parte.

Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

(Concs. Art. 97 CPP Cba.; art 74 CPP Mza; Art. 111 CPP C. Rica)

Art. 110 - Instancia.

La instancia de constitución deberá formularse, personalmente o por un representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud-acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del accionante.
- 2) La determinación del proceso a que se refiere.
- 3) Los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca, y el daño que pretende haber sufrido.
- 4) La petición de ser admitido como parte, y la firma.

(Concs. Art. 98 CPP Cba.; Art. 75 CPP Mza.; Art. 111 "in fine" y 112 CPP Costa Rica).

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inc. 5° incorporado por Ley 9237)

Art. 111 - Demandado.

La constitución procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado.

Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos.

(Conc. Art. 113 CPP C. Rica; Art. 76 CPP Mza; Art. 99 CPP Cba.)

Art. 112 - Oportunidad.

El pedido de constitución deberá presentarse antes de la clausura de la investigación penal preparatoria. La solicitud será considerada por el Tribunal de Juicio, en el decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir embargo de bienes.

(Conc. Art. 100 CPP Cba.; Art. 77 C.P.P. Mza - parcial; Art. 114 CPP C. Rica - parcial)

Art. 113 - Notificación.

El decreto que acuerde la constitución deberá notificarse al imputado, al demandado civil y a sus defensores, y surtirá efectos a partir de la última notificación.

En el caso previsto por la primera parte del artículo 111, la notificación se hará en cuanto se individualice al imputado.

(Concs. Art. 101 CPP Cba.; Art. 79 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 114 - Oposición.

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación; pero cuando al demandado civil se lo citare o intervinere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término a contar de su citación o intervención.

(Conc. Art. 102 CPP Cba.; Art. 80 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 115 - Trámite.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones y será resuelta por el Tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la Intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado.

(Concs. Art. 103 CPP Cba.; Art. 81 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 116 - Caducidad e Irreproductibilidad.

Cuando no se dedujere oposición en la oportunidad que establece el artículo 114, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad conferida por el artículo 117.

La aceptación o el rechazo del actor civil no podrá ser reproducidos en el debate.

(Concs. Art. 104 CPP Cba.; Art. 83 CPP Mza)

Art. 117 - Rechazo y Exclusión de Oficio.

Durante los actos preliminares del juicio, el Tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición.

(Concs. Art. 105 CPP Cba.; Art. 84 CPP Mza)

Art. 118 - Efectos de la Resolución.

El rechazo o exclusión del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 106 CPP Cba.; Art. 85 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 119 - Facultades y Deberes.

El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado.

Será de aplicación el artículo 106 segundo párrafo.

(Concs. Art. 107 CPP Cba.; Art. 78 CPP Mza; Art. 116 CPP C. Rica)

Art. 120 - Desistimiento.

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado.

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el artículo 405, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado.

(Conc. Art. 108 CPP Cba.; Art. 86 CPP Mza; Art. 117 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 5. DEMANDADO CIVIL

Art. 121 - Intervención por Citación.

Quien ejerza la acción resarcitoria podrá pedir la citación de la persona que según las leyes civiles deba responder por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescrita por los artículos 110 y 112, con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

(Concs. Art. 109 CPP Cba.; Art. 90 CPP Mza; Art. 119 CPP C. Rica).

Art. 122 - Decreto de Citación.

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y del citado, y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor.

(Conc. Art. 110 CPP Cba.; Art. 92 CPP Mza)

Art. 123 - Nulidad.

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba.

La nulidad no influirá en la marcha del proceso ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil.

(Conc. Art. 111 CPP Cba.; Art. 93 CPP Mza)

Art. 124 - Rebeldía.

Será declarada la rebeldía del demandado civil, a petición del interesado, cuando no comparezca en el plazo de citación a juicio (364). Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al Defensor de Pobres y Ausentes si hubiere sido citado por edictos.

(Conc. Art. 112 CPP Cba.) .

Art. 125 - Intervención Espontánea.

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir en el proceso.

Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad que prescriben los artículos 110 y 112, en cuanto sea aplicable. El decreto que la acuerde será notificado a las partes y a sus defensores.

(Conc. Art. 113 CPP Cba.; Art. 94 CPP Mza - parcial)

Art. 126 - Oposición.

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado, el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación.

Este incidente se deducirá y tramitará en la forma, oportunidad y plazos establecidos en los artículos 114 y siguientes.

(Conc. Art. 114 CPP Cba.; Art. 96 CPP Mza; Art. 122 CPP C. Rica)

Art. 127 - Exclusión.

La exclusión o el desistimiento del actor civil harán caducar la intervención del civilmente responsable.

(Conc.Art. 95 CPP Mza; Art. 123 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 6. CITACIÓN EN GARANTÍA DEL ASEGURADOR

Art. 128 - Derecho.

El actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, podrán pedir la citación en garantía del asegurador de los dos últimos.

(Concs. Art. 115 CPP Cba.)

Art. 129 - Carácter.

La intervención del asegurador se regirá por las normas que regulan la del demandado civil, en cuanto sean aplicables.

(Concs. Art.116 CPP Cba.)

Art. 130 - Oportunidad.

El actor civil, el imputado y el demandado civil deberán pedir la citación en la oportunidad prevista en el artículo 112.

(Concs. Art. 117 CPP Cba.)

CAPÍTULO 7. DEFENSORES Y MANDATARIOS

***Art. 131 - Derecho del Imputado.**

El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad.

Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al defensor de pobres y ausentes como su defensor al solo efecto de los artículos 320 y 321. El imputado que se encuentre detenido tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, salvo en los supuestos de incomunicación legal. Es obligación de la autoridad judicial o policial interviniente proporcionar las condiciones materiales para ello. Se dejará constancia de tal circunstancia. El desconocimiento de tal derecho acarreará la nulidad del acto.

(Concs. Art. 118 CPP Cba.; Art. 99 CPP Mza.; Art. 100 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 2)

***Art. 132 - Número de Defensores.**

El imputado podrá designar el número de abogados que considere necesario, pero no podrán actuar simultáneamente más de dos (2) en un mismo acto procesal. La notificación hecha a uno de ellos valdrá para todos, y la sustitución del uno por el otro no alterará trámite ni plazos

(Concs. CPP Cba. 119; Art. 100 CPP Mza.; Art. 106 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 3)

Art. 133 - Obligatoriedad.

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible. La aceptación será obligatoria, sólo cuando se lo nombrare en sustitución del Defensor de Pobres y Ausentes.

(Concs. Art. 120 CPP Cba.; Art. 101 CPP Mza.; Art. 101 CPP C.RICA)

Art. 134 - Defensa de Oficio.

Cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal nombrará en tal carácter al Defensor de Pobres y Ausentes, salvo que lo autorice a defenderse personalmente.

(Concs. Art. 121 CPP Cba.; Art. 103 CPP Mza.; Art. 104 CPP C. Rica)

Art. 135 - Nombramiento Posterior

La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

(Concs. Art. 122 CPP Cba.; Art. 102 CPP C. Rica)

Art. 136 - Defensor Común.

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aún de oficio a las sustituciones necesarias.

(Concs. Art. 123 CPP Cba.; Art. 104 CPP Mza.; Art. 107 CPP C.Rica)

Art. 137 - Mandatario del Imputado.

En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta", por ante un Secretario Judicial autorizante. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

(Concs. Art. 124 CPP Cba.; Art. 105 CPP Mza.; Art. 103 CPP C.Rica)

***Art. 138 - Otros Defensores y Mandatarios.**

El querellante, el querellante particular y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por abogados de la matrícula: el primero, con poder especial, notarial o apud acta. Nunca podrá superar el número de dos (2) letrados la representación de cada parte en cada acto procesal, sin perjuicio de la proposición de un número mayor de profesionales.

(Concs. Art. 125 CPP Cba.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 4)

Art. 139 - Abandono.

Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el Defensor de Pobres y Ausentes, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial.

El abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso.

(Concs. Art. 126 CPP Cba.; Art. 107 -108 CPP Mza.; Art. 105 CPP C. Rica)

***Art. 140 - Sanciones.**

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores o mandatarios será comunicado al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales, la comunicación se cursará a la Suprema Corte de Justicia y al Secretario General de la Defensa.

El abandono constituye falta grave y obliga al que incurra en él a pagar las costas de la sustitución sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle.

(TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 22)

(Concs. Art. 127 CPP Cba.-Parcial; Art. 109 CPP Mza.; Art. 105 -108 CPP C. Rica)

TÍTULO VI. ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 141 - Idioma.

Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 128 CPP Cba.; Art. 110 CPP Mza.; Art. 130 CPP C.Rica)

Art. 142 - Fecha.

Para fechar un acto deberán consignarse el lugar, día, mes y año en que se cumpliera. La hora será indicada sólo cuando la Ley lo exija.

Si la fecha fuere requerida bajo pena de nulidad, esta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no pueda establecerse con certeza.

(Concs. Art. 129 CPP Cba.: Art. 113 CPP Mza.)

Art. 143 - Día y Hora de Cumplimiento.

Los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, salvo los de la investigación penal preparatoria. En caso de necesidad, el tribunal podrá habilitar los días y horas que estime conveniente.

(Concs. Art. 130 CPP Cba.; 133 CPP C.Rica Parcial)

Art. 144 - Juramento.

Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez, el Presidente del Tribunal, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal, lo recibirá - bajo pena de nulidad - por las creencias del que jure, después de instruirlo

de las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "lo juro".

Si el deponente se negare a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir verdad.

(Concs. Art. 131 Cba.; Art. 112 -115 CPP Mza.; Art. 134 CPP C.Rica)

Art. 145 - Oralidad.

Las personas que fueren interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas o documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y respuestas, usándose las expresiones del declarante.

(Concs. Art. 132 CPP Cba.; Art. 111 CPP Mza.; Art. 135 CPP C. Rica)

Art. 146 - Declaraciones Especiales.

Para recibir juramento y examinar a un sordo, se le presentarán por escrito la fórmula y las preguntas; si se tratare de un mudo, responderá por escrito; si fuere un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas.

Cuando dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, en su defecto, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado.

(Concs. Art. 133 CPP Cba.; Art. 112 CPP Mza.; arts. 130 -131 CPP C.Rica)

CAPÍTULO 2. ACTAS

***Art. 147 - Regla General. Excepción.**

Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella.

Excepcionalmente cuando un funcionario público o Juez deba dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal será asistido por el secretario; el Agente Fiscal lo será por un secretario o un Ayudante Fiscal; el Ayudante Fiscal, por un auxiliar de la policía judicial o administrativa; el Juez de Paz y los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa, por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

(Concs. Art. 134 CPP Cba.; 138 -139 CPP Mza.; Art. 136 CPP C.Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 42)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7282, ART. 2)

Art. 148 - Contenido y Formalidades.

Las actas deberán contener: la fecha y el objeto; el nombre y apellido de las personas que actúen; en su caso, el motivo de la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento, y si las dictaron los declarantes; las observaciones que las partes requieran y, previa lectura, la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo, o cuando alguno no pudiere o no quisiera firmar, la mención de ello.

Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se les informará que el acta puede ser leída y suscrita por una persona de confianza, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 135 CPP Cba.; Art. 140 CPP Mza.; 136 CPP C.Rica-Parcial)

Art. 149 - Testigo de Actuación.

No podrán ser testigos de actuación los menores de 16 años, los dementes, y los que se encuentren en estado de ebriedad; o aquellos que al momento de la actuación presentaren signos evidentes de alteración de sus facultades.

(Conc. Art.136 CPP Cba.; 116 CPP Mza.)

Art. 150 - Nulidad.

Salvo previsiones expresas el acta será nula si falta la fecha; la firma del funcionario actuante, la del Secretario o testigo de actuación; o la información prevista en la última parte del artículo 148, y la hora si fuera de significativa relevancia.

(Concs. Art. 137 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Art. 151 - Poder Coercitivo.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

(Concs. Art. 138 CPP Cba.; Art. 139 CPP C. Rica)

Art. 152 - Actos Fuera del Asiento.

El Tribunal podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos. En tal caso, si corresponde, avisará al Tribunal de la respectiva competencia territorial.

(Concs. Art. 139 CPP Cba., Art.132 CPP C.Rica)

Art. 153 - Asistencia del Secretario.

El Tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario.

(Concs. Art. 140 CPP Cba.)

Art. 154 - Resoluciones.

Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.

(Concs. Art. 141 CPP Cba.; Art. 119 CPP Mendoza; Art. 141 CPP C Rica)

***Art. 155 - Fundamentación.**

El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos, según las exigencias que imponga en cada caso la ley. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga. En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.

(Concs. Art. 142 CPP Cba.; Art. 120 CPP Mendoza, Art. 142 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 5)

***Art. 156 - Firma.**

Las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente.

Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actuare, con la salvedad prevista por el inc. 5) del artículo 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve.

Los Decretos fundados, por el Juez. Los Decretos de mero trámite lo serán por el Secretario; implementado el Fuero Penal Colegiado por el funcionario habilitado y designado por el Administrador de la OGAP o por la Oficina de Apelaciones, respectivamente. La falta de firma producirá la nulidad del acto.

(Concs. Art. 143 CPP Cba.; Art. 121 CPP Mza; Art. 144 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 43)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 6)

Art. 157 - Término.

Los Tribunales dictarán los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco días, salvo que se disponga otra cosa; las sentencias, en las oportunidades especialmente previstas.

(Concs. Art. 144 CPP Cba.; Art. 123 parcial CPP Mza; Art. 145 parcial CPP C Rica)

Art. 158 - Rectificación y Aclaración.

Dentro del término de tres días de dictadas las resoluciones, el Tribunal podrá rectificar, de oficio o a instancia del Fiscal o las partes, previa noticia a éstas cualquier error u omisión material de aquéllas, siempre que esto no importe una modificación esencial.

La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

(Concs. Art. 145 CPP Cba.; Art. 122 CPP Mza; Art. 146 - parcial CPP C Rica)

Art. 159 - Queja por Retardada Justicia.

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres (3) días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara, o el Tribunal Colegiado o a la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, según si la omisión fuere de un Juez o de un Tribunal. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o

no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar.

(Concs. Art. 146 CPP Cba.; Art. 124 CPP Mza.) (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 44)

Art. 160 - Retardos en la Suprema Corte de Justicia

Si la demora a que se refiere el artículo anterior fuere imputable al Presidente o a un miembro de la Suprema Corte de Justicia, la queja podrá formularse ante Tribunal en Pleno. Si el causante de la demora fuere el Tribunal, el interesado podrá ejercitar los derechos que le acuerda la Constitución.

(Concs. Art. 147 CPP Cba.; Art. 125 CPP Mza;)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 45)

Art. 161 - Resolución Firme.

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

(Concs. Art. 148 CPP Cba.; Art. 126 CPP Mza; Art. 148 - parcial - CPP C. Rica)

***Art. 162 - Copia Auténtica.**

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las sentencias u otros actos procesales necesarios, la copia auténtica tendrá el valor de aquél, la cual será expedida por la OGAP y la OAP, respectivamente. Podrá solicitarse a la OGAP o a la OAP copia de los audios de las audiencias orales, a cargo del solicitante.

(Concs. Art. 149 CPP Cba.; Art. 127 CPP Mza; Art. 149 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 46)

Art. 163 - Restitución y Renovación.

Si no hubiere copia de los actos, el Tribunal ordenará que se rehagan, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido.

Cuando esto no fuere posible, dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerla.

(Concs. Art. 150 CPP Cba.; Art. 128 CPP Mza; Art. 150 CPP C Rica)

***Art. 164 - Copias, Informes y Certificados.**

El Tribunal podrá ordenar la expedición de copias o certificados que fueren pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, si el estado del proceso no lo impide ni se estorba su normal sustanciación, correspondiendo al Secretario, la OGAP o la Oficina de Apelaciones la realización del trámite.

(Concs. Art. 151 CPP Cba.; Art. 129 CPP Mza; Art. 151 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 47)

Art. 165 - Nuevo Delito.

Si durante el proceso tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, el Tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

(Concs. Art. 152 CPP Cba.; Art. 130 CPP Mza; Art. 152 CPP C Rica)

CAPÍTULO 4. ACTOS Y RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

***Art. 166 - Normas Aplicables.**

Serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción los artículos 151, 152, 157, 158 y 161.

El Fiscal de Instrucción será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario o por el Ayudante Fiscal.(Concs. Art. 153 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 48)

***Art. 167 - Forma de Actuación.**

Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponda, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

*Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía. Los actos procesales que comprende el presente Artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.

(Concs. Art. 154 CPP Cba.; Art.65 - parcial CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 7)

***Art. 168 - Queja por Retardada Justicia.**

Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, si la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 159 denunciando el retardo al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Si la omisión fuere de un Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal-, la denuncia se hará ante el Fiscal Adjunto Penal.

(Concs. Art. 155 CPP Cba.)(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 49) (HIS.: TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 23)

Art. 169 - Nuevo Delito.

Si durante la investigación fiscal se tuviere conocimiento de un nuevo delito perseguible de oficio y no correspondiere la acumulación de las causas, el Fiscal de Instrucción remitirá los antecedentes al Fiscal que correspondan.

(Concs. Art. 156 CPP Cba.)

CAPÍTULO 5. COMUNICACIONES

Art. 170 - Reglas Generales.

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, se podrá encomendar su cumplimiento por medio de suplicatoria, exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior, o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial. (Concs. Art. 157 CPP Cba.; Art. 131 CPP Mza.; Art. 153 CPP C Rica).

Art. 171 - Comunicación Directa.

Los órganos judiciales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad de la Provincia, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten, sin demora alguna. (Concs. Art. 158 CPP Cba.; Art. 132 CPP Mza; Art. 153 - parcial CPP C Rica)

Art. 172 - Comunicaciones de Otras Jurisdicciones.

Las comunicaciones de otras provincias serán diligenciadas sin retardo, de acuerdo con la legislación vigente que haya adherido la Provincia, o en su defecto por las normas que establezca la Suprema Corte de Justicia. El órgano requerido podrá comisionar el despacho del oficio a uno inferior o podrá remitirlo a quien debió dirigirse. En este caso informará inmediatamente al requirente. (Concs. Art. 159 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 173 CPP C Rica)

Art. 173 - Exhortos a Tribunales Extranjeros.

Los exhortos a Tribunales extranjeros serán diligenciados, mediante la Suprema Corte de Justicia, por vía diplomática, en la forma prescrita por los tratados o costumbres internacionales. (Concs. Art. 160 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 154 CPP Costa Rica)

Art. 174 - Exhortos del Extranjero.

Los exhortos de Tribunales extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país, cuando lo disponga la Suprema Corte de Justicia.- (Concs. Art. 161 CPP Cba.; Art. 134 CPP Mza.)

Art. 175 - Denegación y retardo.

Si el diligenciamiento de un oficio fuere denegado o demorado, el requirente podrá dirigirse a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda, quienes ordenarán o gestionarán la tramitación si procediera, según sea de la Provincia el órgano requerido. La Suprema Corte de Justicia resolverá previa vista fiscal. (Concs. Art. 162 CPP Cba.)

CAPÍTULO 6. NOTIFICACIONES, CITACIONES Y VISTAS

Art. 176 - Regla General.

Las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiera un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas. (Concs. Art. 163 CPP Cba.; Art. 142 CPP Mza; Art. 155 CPP C. Rica -)

***Art. 177 - Notificaciones en general.**

Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, telefónica, o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Cuando sea necesario notificar en forma personal o en el domicilio, se ordenará esta forma mediante decreto fundado.

Si el imputado estuviere privado de libertad será notificado mediante funcionario judicial o administrativo, especialmente designado al efecto, en los lugares de detención. También podrá utilizarse videoconferencia o tecnología similar.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en su domicilio, residencia o lugar donde se hallaren.

(Concs. Art. 144 CPP Mza.; Art. 157 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 8)

Cuando se trate de una persona jurídica que no se hubiere presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal consignado en el instrumento de su creación, el cual tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca o notificarlas en cualquiera de las formas previstas por el presente ordenamiento. (Último párrafo incorporado por Ley 9237)

***Art. 178 - Domicilio Legal.**

Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de denunciar el domicilio de los primeros y constituir domicilio legal dentro de cincuenta (50) cuerdas del asiento del tribunal, cada uno de ellos, todo en su primera presentación. Si así no lo hicieren se los notificará y practicarán las diligencias que deban cumplirse en esos domicilios en los estrados del tribunal sin trámite o declaración previa alguna. Estos domicilios subsistirán, a todos los efectos legales, aún cuando no existan o desapareciere el edificio donde se constituyera, mientras no sean expresamente cambiados. Los jueces podrán atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratase de expedientes paralizados por tiempo mayor de dos (2) años.

(TEXTO SEGUN LEY 8775, ART. 1)

(Concs. Art. 166 CPP Cba.; Art. 155 CPP Mza.; Art. 157 CPP Costa Rica)".

Art. 179 - Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Si las partes tuvieran defensor o mandatario, las notificaciones deberán ser hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas sean notificadas.

(Concs. Art. 167 CPP Cba.; Art. 146 CPP Mza.; Art. 158 CPP C.Rica)

Art. 180 - Modo del Acto.

La notificación se hará entregando al interesado que lo exigiere una copia autorizada de la resolución donde conste el proceso en que se dictó.

Si se tratare de resoluciones fundamentadas o requerimientos del Fiscal, la copia se limitará al encabezamiento y parte resolutive o pedido.

(Concs. Art. 168 CPP Cba.; Art. 147 CPP Mza.)

***Art. 181 - Notificación en la Oficina.**

Está prohibido el traslado del expediente, o en su caso del legajo, a las partes, para notificaciones y vistas, sin perjuicio de la extracción de copias o medio equivalente.

(Concs. Art. 169 CPP Cba.; Art. 150 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 9)

Art. 182 - Notificación en el Domicilio.

Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución, donde se hayan indicado el órgano judicial y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, y firmará junto con el notificado.

Cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encontrare a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia.

Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, a dar su nombre o a firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la diligencia. Si la persona requerida no supiere o no pudiese firmar, lo hará un testigo a su ruego.

(Conc. Art. 170 CPP Cba.; Art. 148 CPP Mza.; 159 y 161 CPP Costa Rica -parcial-)

"Tratándose de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse en el domicilio legal o especial según corresponda, y se hará constar la diligencia en la persona con quien se entienda la notificación; en éste último supuesto, debajo de la firma, se anotará la constancia de un documento de identidad de quien firma. De no poder realizarse de la forma prevista, serán de aplicación las demás previsiones del presente artículo". (Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 183 - Notificación por Edictos.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.

(Conc. Art. 171 CPP Cba.; Art. 149 CPP Mza.)

Art. 184 - Disconformidad entre Original y Copia.

En caso de disconformidad entre el original y la copia, hará fe respecto de cada interesado la copia por él recibida.

(Concs. Art. 172 CPP Cba.; Art. 151 CPP Mza.)

Art. 185 - Formas especiales de Notificación

Cuando el interesado lo aceptare expresamente por cualquier medio fehaciente previamente comunicado al Tribunal Interviniente y en cualquier momento del proceso, podrá notificársele por medio de pieza postal que certifique su remisión, facsímil o cualesquier otros medios electrónicos. El plazo correrá a partir del momento de la recepción en el caso de piezas postales y desde la emisión o envío en el resto de los medios de comunicación señalados.

Bajo las mismas circunstancias de aceptación, también podrá notificarse a los sujetos del proceso, por otros medios, electrónicos, satelitales o cualesquiera otros que autoricen la Suprema Corte de Justicia, siempre que no causen indefensión.

(Conc. Art. 160 CPP Costa Rica)

Art. 186 - Nulidad de la Notificación.

La notificación será nula:

- 1) Si hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- 2) Si la resolución hubiera sido notificada en forma incompleta.
- 3) Si en la diligencia no constare la fecha o, cuando corresponda, la entrega de la copia.
- 4) Si faltare alguna de las constancias del artículo 182 de las firmas prescritas.

(Concs. Art. 173 CPP Cba.; Art. 152 CPP Mza.; Art. 164 CPP C Rica)

Art. 187 - Citación.

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación.

Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 174 CPP Cba.; Art. 153 CPP Mza.; Art. 165 CPP C Rica)

Art. 188 - Citación Especial.

Los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden - sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda - serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al Tribunal. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

(Concs. Art. 175 CPP Cba.; Art. 154 CPP Mza;)

***Art. 189 - Vistas.**

Las vistas se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán notificadas de acuerdo con el Artículo 177. Se acompañará copia digital del planteo formulado.

(Concs. Art. 176 CPP Cba.; Art. 156 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 10)

Art. 190 - Notificación.

Cuando no se encontrare a la persona a quien se deba correr vista, la resolución será notificada conforme al artículo 182. El término correrá desde el día hábil siguiente.

(Concs. Art. 177 CPP Cba.; Art. 157 CPP Mza.)

Art. 191 - Término de las Vistas.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres días.

(Concs. Art. 178 CPP Cba.; Art. 158 CPP Mza.)

Art. 192 - Falta de Devolución de las Actuaciones.

Vencido el término por el cual se corrió vista sin que las actuaciones hubieran sido devueltas por el Fiscal o Defensor de Pobres y Ausentes, se dispondrá su incautación inmediata por el Secretario, sin perjuicio de remitirse los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda.

(Concs. Art. 179 CPP Cba.; Art. 159 CPP Mza.)

CAPÍTULO 7. TÉRMINOS

Art. 193 - Regla General.

Los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes, desde la última que se practicare, y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

Si el término fijado venciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado válidamente dentro de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente.

(Concs. Art. 180 CPP Cba.; Art. 161 CPP Mza.; Art. 164 CPPN)

Art. 194 - Términos.

Para los términos se computarán únicamente los días hábiles, con excepción de los casos que expresamente disponga el presente Código u otra Ley.

(Concs. Art. 162 CPP Mza; Art. 181 CPP Cba.)

Art. 195 - Términos Perentorios y Fatales.

Los términos perentorios son improrrogables salvo las excepciones previstas en la Ley.

Si el imputado estuviere privado de su libertad serán fatales los términos del artículo 349. (Concs. Art. 182 CPP Cba.)

*Art. 196 - Vencimiento. Efectos.

El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa, del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público Fiscal, al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquellos. Cuando el vencimiento del término fatal se atribuya a un miembro de la Suprema Justicia o al Procurador General, en el primer caso será sustituido por otro miembro de la Corte o por un Conjuez y en el caso del Procurador General por los Fiscales Adjuntos, o un Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables a los Jueces, Tribunales o representantes del Ministerio Público Fiscal titulares y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia.

El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad personal, el cumplimiento de los términos fatales, a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes."

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 50)

(Concs. Art. 183 CPP Cba.)

CAPÍTULO 8. NULIDAD

Art. 197 - Regla General.

Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 184 CPP Cba.; Art. 171 CPP Mza.)

Art. 198º.- Conminación Genérica.

Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de disposiciones concernientes:

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.
- 2) A la intervención de Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 346 y 355.

(Concs. Art.185 CPP Cba.; Art. 172 CPP Mza. -parcial-; Art.178 C.Rica)

Art. 199 - Declaración.

El Tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente.

Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte.

Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en los incisos 1 al 3 del artículo anterior que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

(Concs. Art. 186 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-).

Art. 200 - Instancia.

Salvo los casos en que proceda la declaración de oficio, sólo podrán instar la nulidad el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas.

(Concs. Art. 187 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza.)

Art. 201 - Oportunidad y Forma.

Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades:

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 472 o 483, o en el alegato escrito.

La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el artículo 350. En los demás casos seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (463), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4, del presente.

(Concs. Art. 188 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-)

Art. 202 - Modo de subsanarla.

Toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en este Código, salvo las que deban ser declaradas de oficio.

Las nulidades quedarán subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público o las partes no las opongan oportunamente (201).
- 2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

(Concs. Art. 189 CPP Cba.; Art. 176 CPP Mza; Art. 177 C. Rica -parcial-)

Art. 203 - Efectos.

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal interviniente establecerá, además a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado.

Cuando fuere necesario y posible, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados.

(Concs. Art. 190 CPP Cba.; Art. 177 CPP Mza.; Art. 179 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 204 - Sanciones.

Cuando un Tribunal de Alzada declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior o un Fiscal, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 191 CPP Cba.)

CAPÍTULO 9. MEDIOS DE PRUEBA

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES

Art. 205 - Libertad Probatoria.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

(Concs. Art. 192 CPP Cba.; Art. 182 CPP C. Rica)

Art. 206 - Valoración.

Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.

(Concs. Art. 193 CPP Cba.; Art. 184 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 207 - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(Concs. Art. 194 CPP Cba.; Art. 181 CPP C. Rica)

SECCIÓN SEGUNDA. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Art. 208 - Inspección Judicial.

Se comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles.

(Concs. Art. 195 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.; Art. 185 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 209 - Ausencia de Rastros.

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior. En caso de desaparición o alteración, se averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

(Concs. Art. 196 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.-parcial-; Art. 186 CPP C.Rica.)

Art. 210 - Facultades Coercitivas.

Para realizar la inspección, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar, o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública.

(Concs. Art. 197 CPP Cba.; Art. 223 CPP Mza.; Art. 187 CPP C. Rica)

*Art. 211 - Inspección Corporal y Mental.

Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del Artículo 233.

(TEXTO SEGUN LEY 8916, ART. 16)

(Concs. Art. 198 CPP Cba.; Art. 222 CPP Mza.; Art. 188 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 212 - Identificación de Cadáveres.

Si la investigación penal preparatoria se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique.

(Concs. Art. 199 CPP Cba.; Art. 224 CPP Mza. -parcial-; Art. 191 CPP C.Rica)

Art. 213 - Reconstrucción del Hecho.

Podrá ordenarse la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas u otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con la mayor reserva posible para evitar la presencia de extraños que no deban actuar.

(Concs. Art. 200 CPP Cba.; Art. 225 CPP Mza.; Art. 192 CPP C.Rica)

Art. 214 - Operaciones Técnicas.

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, se podrán ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

(Concs. Art. 201 CPP Cba.; Art. 226 CPP Mza.; Art. 188 in fine CPP C. Rica)

Art. 215 - Juramento.

Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, deberán prestar juramento conforme a los artículos 144, 240 y 246.

(Concs. Art. 202 CPP Cba.; Art. 227 CPP Mza.)

SECCIÓN TERCERA. REGISTRO Y REQUISA

Art. 216 - Registro.

Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.

Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título.

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente.

(Concs. Art. 203 CPP Cba.; Art. 228 CPP Mza. -parcial-; Art. 185 CPP Costa Rica-parcial-; cfr. Art. 1 Ley Nº 6796).

*Art. 217 - Allanamiento de la morada.

Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma.

El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo

solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento. En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá petitionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial.

El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida. Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 1)

(Concs. Art. 204 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza. -parcial-; Art. 193 CPP Costa Rica -parcial; cfr. Ley Nº 6637)

*Art. 218 - Registro de otros locales.

La restricción horaria establecida en el artículo anterior, no regirá para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular, pudiendo ser decretada la orden de registro por el Juez de Garantías o el Fiscal de Instrucción. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación. Para la entrada y registro en las Cámaras Legislativas, será necesaria la autorización del Presidente respectivo.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 2)

(Concs. Art. 205 CPP Cba.; Art. 230 CPP Mza.; Art. 194 CPP C.Rica)

*Art. 219 - Allanamiento Sin Orden.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

4) Si voces provenientes de una casa anuncian que allí se está cometiendo un delito, o de ella pidieran socorro.

5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 3)

(Concs. art . 206 CPP Cba.; Art. 231 CPP Mza.; Art. 197 CPP C.Rica)

Art. 220 - Formalidades para el Allanamiento.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde debe efectuarse.

Cuando éste estuviera ausente, se notificará a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero.

Al notificado se lo invitará a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta será firmada por los concurrentes. Si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón.

(Concs. Art. 207 CPP Cba.; Art. 232 CPP Mza.; Art. 196 CPP C. Rica)

Art. 221 - Orden de Requisa Personal.

Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 15 de la ley 6722.

(Concs. Art. 208 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.; Art. 188 CPP Costa Rica -parcial-).

Art. 222 - Procedimiento de Requisa.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer, serán efectuadas por otra, salvo que esto importe demora perjudicial a la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa.

(Concs. Art. 209 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.-pacial-; Art. 189 CPP C.Rica)

SECCIÓN CUARTA. SECUESTRO

Art. 223 - Orden de Secuestro.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción, si no fuere necesario allanar domicilio, podrán disponer que sean conservadas o recogidas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o aquéllas que puedan servir como prueba; para ello, cuando fuere necesario, se ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial en la forma prescrita para los registros.

(Concs. Art. 210 CPP Cba.; Art. 235 CPP Mza. -parcial-; Art. 198 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 224 - Orden de Presentación. Limitaciones.

En vez de disponer el secuestro se podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

(Concs. Art. 211 CPP Cba.; Art. 189 CPP C.Rica -2º parte-)

Art. 225 - Documentos Excluidos.

No podrán secuestrarse, bajo pena de nulidad, las cartas, documentos, grabaciones o elementos soportes de medios electrónicos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

(Concs. Art. 212 CPP Cba.; Art. 241 CPP Mza.; Art. 201 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 226 - Custodia o depósito.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, La disposición del órgano judicial interviniente, o se ordenará su depósito.

Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor, no se entregarán en depósito sino a sus propietarios, salvo que desde su secuestro hayan transcurrido seis meses sin que hubiere mediado reclamo por parte de aquellos.

Los automotores podrán ser solicitados en depósito al órgano judicial interviniente, por el Poder Ejecutivo -a través del funcionario que designe- para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia, o por el Procurador General para ser destinados a la tarea de la Policía Judicial.

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la investigación penal preparatoria.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del Tribunal o Fiscalía de Instrucción que intervenga y con la Firma del Juez o del Fiscal, según corresponda, y del Secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos, y todo se hará constar.

(Concs. Art. 213 CPP Cba.; Art. 237 CPP Mza. -parcial-)

Art. 227 - Intercepción de Correspondencia.

Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de todo efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

(Conc. Art. 214 CPP Cba.; Art. 238 CPP Mza. -parcial-)

Art. 228 - Apertura y Examen de Correspondencia. Secuestro.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta.

Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

(Concs. Art. 215 CPP Cba.; Art. 239 CPP Mza. -parcial-)

Art. 229 - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

(Concs. Art. 216 CPP Cba.; Art. 240 CPP Mza.)

***Art. 229 bis**

- Cuando se presuma la existencia de una Asociación Ilícita, en cualquier instancia y bajo cualquier régimen procesal, Leyes 1.908 y 6.730, el Juez de Garantías, previa evaluación del o los elementos indiciarios que justifiquen el pedido de intervención de las comunicaciones de los sospechosos, decretará fundada e inmediatamente la medida, disponiendo el tiempo de los mismos.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 1)

***Art. 229 ter –**

La intervención de las comunicaciones a las que se alude en los artículos precedentes, podrán extenderse hasta un plazo máximo de sesenta días, pudiendo ser prorrogado por igual término, si las circunstancias del caso lo requieren. No podrá concederse autorización para realizarla de manera indeterminada. Quedan prohibidas dentro de los procesos penales las intervenciones de las comunicaciones llevadas a cabo entre los imputados y sus abogados defensores. Vencidos los plazos establecidos el Juez dará vista al Ministerio Público para que determine la iniciación de la causa o su archivo. Si se ordenara el archivo, el Juez y Tribunal interviniente exclusiva y excluyentemente, será el ejecutor de la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones." (TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 2)

***Art. 229 quater –**

De la orden que dispone la intervención de la comunicación, el Juez de Garantía, remitirá copia en sobre cerrado a la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 3)

Art. 230 - Devolución.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito,

e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.

(Concs. Art. 217 CPP Cba.; Art. 242 CPP Mza. -parcial- ; Art. 200 CPP C.Rica -parcial-)

SECCIÓN QUINTA. TESTIGOS

Art. 231 - Deber de Indagar.

Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

(Concs. Art. 218 CPP Cba.; Art. 243 CPP Mza.; Art. 204 CPP C. Rica)

Art. 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos.

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

(Concs. Art. 219 CPP Cba. -parcial-; Art. 244 CPP Mza.-parcial-; Art. 204 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 233 - Facultad de Abstención.

Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio.

(Concs. Art. 220 CPP Cba.; Art. 246 CPP Mza. -parcial-; Art. 205 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 234 - Deber de Abstención.

Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, con excepción de las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo.

(Concs. Art. 221 CPP Cba.; Art. 247 CPP Mza. -parcial-; Art. 206 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 235 - Comparecencia.

Para el examen de testigos, se librará orden de citación con arreglo al artículo 188, excepto los casos previstos por los artículos 241 y 242.

En los casos de urgencia sin embargo, podrán ser citados verbalmente.

El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 222 CPP Cba.; Art. 248 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 236 - Residentes Fuera de la Ciudad.

Cuando el testigo no resida en la ciudad donde el órgano judicial interviniente actúa ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se someterá la declaración, por oficio a la autoridad de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer, en razón de la gravedad

del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda.

De igual manera se procederá cuando el testigo resida en otra jurisdicción.

(Concs. Art. 223 CPP Cba.; Art. 249 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 237 - Ignorancia del idioma y discapacidades.

Si el testigo no supiere darse a entender por ignorar el castellano o ser sordomudo, o si fuere ciego, se procederá de la siguiente manera; para la ignorancia del idioma regirán los artículos 260 y concordantes de este Código. Para hacer jurar y examinar a un sordo le presentarán por escrito la fórmula del juramento, las preguntas y las observaciones, para que jure y responda oralmente; si se tratare de un mudo se harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si de un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas no supieran darse a entender por escrito, se nombrará intérprete. Si se tratase de un ciego que deba suscribir algún documento, podrá pedir que antes de ello, le dé lectura una persona de su confianza, lo cual se hará saber bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 112 CPP y 141 CCP. Mza.-parcial-)

Art. 238 - Compulsión.

Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 188, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.

(Concs. Art. 225 CPP Cba.; Art. 250 CPP Mza. -parcial-; Art. 208 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 239 - Arresto Inmediato.

Podrá ordenarse el inmediato arresto a un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

(Concs. Art. 226 CPP Cba.; Art. 210 CPP C.Rica)

Art. 240 - Forma de Declaración.

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de la pena de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de 16 años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Inmediatamente, se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés por las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Si el testigo pudiera abstenerse de declarar, se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que se hará constar.

A continuación se le interrogará sobre el hecho, si corresponde, de acuerdo con el Artículo 145.

Para cada declaración se labrará acta con arreglo a los artículos 147 y 148.

A solicitud del testigo el Magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de sufrir un daño en ellos.

(Concs. Art. 227 CPP Cba.; Art. 252 CPP Mza. -parcial-; Art. 211 CPP C.Rica -parcial-)

*Art. 240 bis -

Implementase el Sistema de Cámara Gesell en el ámbito de la Provincia de Mendoza. En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

b) El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.

c) El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.

d) A pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

e) En caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

(TEXTO MODIFICADO POR LEY 8925, ART. 1)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 1)

*Art. 240 ter

Quando se trate de testigos, que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan menos de dieciocho (18) años, el Tribunal previa a la recepción del testimonio, podrá requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 240 bis del presente Código. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 3)

*Art. 240 quater

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación lo prescripto por la Ley 6.354 -protección integral de niños, adolescentes, derechos y garantías, régimen jurídico de menores- y/o las que en el futuro la modifiquen.

El menor, en todos los casos, será asistido por el Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 5)

Art. 241 - Tratamiento Especial.

No estarán obligados a comparecer: el Presidente y Vicepresidente de la Nación; los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; los Ministros y Legisladores al igual que los Magistrados del Poder Judicial - nacionales y provinciales-; miembros de los Tribunales Militares; los Ministros Diplomáticos y Cónsules Generales; Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas en actividad; los altos dignatarios de las Iglesias legalmente reconocidas por la República Argentina, el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Asesor de Gobierno y los Directores de la Inspección General de Seguridad.-

Según la importancia que se atribuya al testimonio, estas personas declararán en su residencia oficial o informe por escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento. En el primer caso, no podrán ser interrogados directamente por las partes ni sus defensores.-

Sin embargo, los testigos nombrados podrán renunciar al tratamiento especial.-

(Concs. Art. 228 CPP Cba. -parcial-; Art. 254 -parcial- CPP Mza.; Art. 206 CPP Costa rica -parcial-; Art. 2º Ley 6796)

Art. 242 - Examen en el Domicilio.

Las personas que no puedan concurrir al Tribunal o Fiscalía de Instrucción por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio.

(Concs. Art. 229 CPP Cba.; Art. 255 CPP Mza. -parcial-)

Art. 243 - Falso Testimonio.

Si un testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, se ordenará las copias pertinentes y se las remitirá al Ministerio Público, sin perjuicio de disponerse la detención.

(Concs. Art. 230 CPP Cba.; Art. 256 CPP Mza.)

SECCIÓN SEXTA. PERITOS

Art. 244 - Pericias.

Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

(Concs. Art. 231 CPP Cba.; Art. 257 CPP Mza. -parcial-)

Art. 245 - Calidad Habilitante.

Los peritos deberán tener título habilitante en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, o cuando no existan peritos diplomados, deberán designarse a personas de conocimiento o práctica reconocidos.

(Concs. Art. 232 CPP Cba.)

Art. 246 - Obligatoriedad del Cargo.

El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial correspondiente al ser notificado de la designación.

(Concs. Art. 233 CPP Cba.; Art. 261 CPP Mza. -parcial-)

Art. 247 - Incapacidad e Incompatibilidad.

No podrán ser peritos: los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido llamados como tales, los condenados y los inhabilitados durante el tiempo de la condena o inhabilitación.

(Concs. Art.262 Mza.; 234 CPP Cba. -parcial-)

Art. 248 - Excusación y Recusación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusación y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el Tribunal o el Fiscal de Instrucción según corresponda, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 235 CPP Cba.; Art. 263 CPP Mza.)

Art. 249 - Nombramiento y Notificación.

Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.

(Concs. Art. 236 CPP Cba.; Art. 259 CPP Mza. -parcial-)

Art. 250 - Peritos de Control.

En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (245 - 247); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.

No regirán para los peritos de control los artículos 246 y 248.

(Concs. Art. 237 CPP Cba.)

Art. 251 - Directivas.

El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.

(Concs. Art. 238 CPP Cba.; Art. 264 CPP Mza. -parcial-)

Art. 252 - Conservación de Objetos.

El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder. (Concs. Art. 239 CPP Cba.; Art. 265 CPP Mza. -parcial-)

Art. 253 - Ejecución.

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.

Los peritos de control no estarán obligados a dictaminar. (Concs. Art. 240 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. -parcial)

Art. 254 - Peritos Nuevos.

Si los informes fueren dubitativos, insuficientes o contradictorios, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren o, si fuere factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieren sido nombrados después de efectuada la pericia.

(Concs. Art. 241 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. in fine -parcial-)

Art. 255 - Dictamen.

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.

(Concs. Art. 242 CPP Cba.; Art. 267 CPP Mza.)

Art. 256 - Necropsia Necesaria.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.

(Concs. Art. 243 CPP Cba.; Art. 269 CPP Mza.)

Art. 257 - Cotejo de Documentos.

Cuando se trate de examinar o cotejar algún documento, se ordenará la presentación de escrituras de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponerse el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo.

También podrá disponerse que alguna de las partes forme cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia, pero si se tratare del imputado aquella no importará una presunción de culpabilidad.

(Concs. Art. 244 CPP Cba.; Art. 270 CPP Mza. -parcial-)

Art. 258 - Reserva y Sanciones.

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El órgano que la hubiere dispuesto podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos, y aún sustituirlos, sin perjuicio de las otras sanciones que puedan corresponder.

(Concs. Art. 245 CPP Cba.; Art. 271 CPP Mza. -parcial-)

Art. 259 - Honorarios.

Los peritos nombrados de oficio o a pedido del Ministerio Público tendrán derecho a cobrar honorarios, a menos que tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera.

El perito nombrado a petición de parte podrá cobrarlos siempre, directamente de ésta o del condenado en costas.

(Concs. Art. 246 CPP Cba.; Art. 272 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SÉPTIMA. INTÉRPRETES

Art. 260 - Designación.

Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idiomas distintos del nacional.

Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al expediente junto con la traducción.

(Concs. Art. 247 CPP Cba.; Art. 273 CPP Mza. -parcial-)

Art. 261 - Normas Aplicables.

En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación, recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos.

(Concs. Art. 248 CPP Cba.; Art. 274 CPP Mza.)

SECCIÓN OCTAVA. RECONOCIMIENTOS

Art. 262 - Casos.

Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

(Concs. Art. 249 CPP Cba.; Art. 275 CPP Mza., Art. 227 CPP C.Rica. -parcial-)

Art. 263 - Interrogatorio Previo.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlos será interrogado para describa a la persona de que se trata, y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento a excepción del imputado.

(Concs. Art. 250 CPP Cba.; Art. 276 CPP Mza., Art. 228 CCP.C. Rica. -parcial)

Art. 264 - Forma.

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, junto con otras personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según se lo estime oportuno, el deponente manifestará si allí se encuentra la persona a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo la designe clara y precisamente.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hubieren formado la rueda.

(Concs. Art. 251 CPP Cba.; Art. 277 CPP Mza. -parcial-, Art. 228 CPP C. Rica. -parcial-)

Art. 265 - Pluralidad de reconocimientos

Cuando varias personas deban reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquellas se comuniquen entre si, pero podrá labrarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una deba identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

(Concs. Art. 252 CPP Cba.; Art. 278 CPP Mza. -parcial-; Art. 229 CPP C.Rica)

Art. 266 - Reconocimiento por Fotografía.

Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiese ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos.
- 2) Cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22.172 artículo 10), o cuando no pudiese hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas.

(Concs. Art. 253 CPP Cba.; Art. 279 CPP Mza. -parcial-; Art. 230 CPP C.Rica)

Art. 267 - Reconocimiento de Cosas.

Antes del reconocimiento de una cosa, se invitará a la persona que deba verificarlo, a que la describa. En lo demás y en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

(Concs. Art. 254 CPP Cba.; Art. 280 CPP Mza.; Art. 231 CCP. C.Rica)

SECCIÓN NOVENA. CAREOS

Art. 268 - Procedencia.

Podrá ordenarse el careo de personas que sus declaraciones hubieran discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a carearse.

Al careo del imputado deberá asistir su defensor, bajo sanción de nulidad.

(Concs. Art. 255 CPP Cba.; Art. 281 CPP Mza. -parcial-; Art. 233 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 269 - Jramento.

Los que hubieren de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

(Concs. Art. 256 CPP Cba.; Art. 282 CPP Mza. -parcial-)

Art. 270 - Forma.

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias. Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del Tribunal o del Fiscal de Instrucción acerca de la actitud de los careados.

(Concs. Art. 257 CPP Cba.; Art. 283 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 10. IMPUTACIÓN Y DECLARACIÓN

Art. 271 – Imputación

- Obligaciones para con el imputado.

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiere podido efectuar la imputación o cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación, se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de lo dispuesto por los artículos 26, 30, 359, 364 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.

(Concs. Art. 261 CPP Cba. -parcial-; Art. 294 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 272 - Interrogatorio de Identificación.**

Después de proceder conforme al artículo 317, se invitará al imputado a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo - si lo tuviere -, edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida; si tiene antecedentes penales - y en su caso -, por qué causa, por qué Tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida; nombre, estado y profesión de los padres.

*Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.

(SEGUNDO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 17)

(Concs. Art. 260 CPP Cba.; Art. 297 CPP Mza. -parcial-)

"Cuando se tratare de la aplicación del régimen penal de las personas jurídicas privadas, se invitará al representante legal de la misma o a quien tenga poder especial para el caso otorgado con las formalidades que corresponden al tipo de entidad de que se trate a constituir domicilio procesal e informar su denominación o razón social, cumpliéndose con los requisitos contemplados en el artículo 151° del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, a indicar su domicilio legal y sede social, domicilios sociales y sedes principales de sus negocios anteriores -si los hubo-, si existen antecedentes penales, y en su caso, causa de los mismos, Tribunal interviniente, sentencia recaída y si ella fue cumplida. A los fines de la representación, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13° y cc de la Ley N° 27.401".
(Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 273 - Libertad de Declarar.

El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

(Concs. Art. 259 CPP Cba.; Art. 296 CPP Mza. -parcial-)

Art. 274 - Declaración Sobre el Hecho.

Cuando el imputado manifieste que quiere declarar, se lo invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Su declaración se hará constar con sus propias palabras.

Después de esto, se dirigirá al indagado las preguntas que se estime conveniente. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 323.

El declarante podrá dictar las respuestas.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan. (Concs. Art. 262 CPP Cba.; Art. 299 CPP Mza. -parcial-)

Art. 275 - Forma de Interrogatorio.

Las preguntas serán claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

(Concs. Art. 263 CPP Cba.; Art. 300 CPP Mza. -parcial-)

Art. 276 - Acta.

Concluida la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, el acta será leída en alta voz por el Secretario, bajo pena de nulidad, y de ello se hará mención, sin perjuicio de que también la lea

el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones serán consignadas sin alterar lo escrito.

El acta será suscripta por todos los presentes.

Si alguien no pudiere o no quisiere hacerlo, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla.

Para los supuestos de ignorancia del idioma y/o discapacidades se procederá conforme al artículo 237 y concordantes.

(Concs. Art. 264 CPP Cba.; Art. 301 CPP Mza. -parcial-)

Art. 277 - Declaraciones Separadas.

Cuando hubiere varios imputados, sus declaraciones se recibirán separadamente, y se evitará que ellos se comuniquen antes de la recepción de todas.

(Concs. Art. 265 CPP Cba.; Art. 303 CPP Mza.)

Art. 278 - Ampliación de la Declaración.

El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

(Concs. Art. 266 CPP Cba.; Art. 304 CPP Mza.)

Art. 279 - Evacuación de Citas.

Se deberán investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

(Concs. Art. 267 CPP Cba.; Art. 305 CPP Mza.)

TÍTULO VII. COERCIÓN PERSONAL

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES

Art. 280 - Situación de Libertad.

Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio.
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

(Concs. Art. 268 CPP Cba.)

Art. 281 - Restricción de la Libertad.

La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1) y 2) artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

(Concs. Art. 269 CPP Cba.; Art. 285 CPP Mza.-parcial-)

Art. 282 - Mantenimiento de Libertad.

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

(Concs. Art. 270 CPP Cba.; Art. 284 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. MEDIDAS DE COERCIÓN

Art. 283 - Citación.

La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente.

Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

(Concs. Art. 271 CPP Cba.; Art. 287 CPP Mza -parcial-)

***Art. 284 - Detención.**

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

(Concs. Art. 272 CPP Cba.; Art. 288 CPP Mza.; Art. 237 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 51)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 11)

***Art. 285 - Incomunicación.**

Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos - que se harán constar - para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos (2) días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el artículo 131.

(Concs. Art. 273 CPP Cba.; Art. 216 CPP Mza. -parcial-; Art. 261 CPP C. Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 52)

Art. 286 - Arresto.

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieran intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuere necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

(Concs. Art. 274 CPP Cba.; Art. 237 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 287 - Aprehensión en Flagrancia.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido "in fraganti" en la comisión de un delito de acción que merezca pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

(Concs. Art. 275 CPP Cba.; Art. 289 CPP Mza. -parcial-; Art. 235 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 288 - Flagrancia.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguida por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

(Concs. Art. 276 CPP Cba.; Art. 290 CPP Mza.; Art. 235 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 289 - Otros Casos de Aprehensión.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial deberán aprehender, aún sin orden judicial, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fugare estando legalmente preso. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista en el Artículo 284, primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención.

(Concs. Art. 277 CPP Cba.; Art. 291 CPP Mza.-parcial-; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 290 - Presentación del Aprehendido.

El oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practicare la aprehensión de una persona, deberá presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por las personas enunciadas en el segundo párrafo del artículo 131, las que además podrán solicitar en la misma oportunidad, la libertad del detenido, en caso

de violación de lo dispuesto por los artículos 280 a 291 de este Código por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

(Concs. Art. 278 CPP Cba.; Art. 292 y 293 CPP Mza.; Art. 235 C.Rica -parcial)

Art. 291 - Aprehensión Privada.

En los casos que prevén los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial.

(Concs. Art. 279 CPP Cba.; Art. 293 CPP Mza.-parcial-)

Art. 292 - Recuperación de la Libertad.

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

- 1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte).
- 2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.
- 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva. 4) Prima facie hubiere actuado justificadamente.

(Concs. Art. 280 CPP Cba.)

***Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.**

Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;
- b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;
- c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposo.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

- 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;
- 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga:

Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

- 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;
- 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

(Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7929, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7782, ART. 1)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

*Art. 294 - Procedimiento.

*Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días,

debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de

- inmediatez,
- contradicción,
- publicidad,
- celeridad
- mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295).

*La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsa de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsa a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 53)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 2)

(Concs. Art. 282 CPP Cba.; Art. 243 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.**

Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse:

a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más.

b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art. 293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

*6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar.

(Conc. Art. 283 CPP Cba.; Art. 257 CPP Costa Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 54)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 3)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 296 - Revocación.

El cese de la prisión preventiva, será revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 280, realice preparativos de fuga, o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad recuperada con arreglo al artículo 292, si concurrieran los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 293.

(Concs. Art. 284 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica- parcial -)

Art. 297 - Tratamiento de Presos.

Salvo lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de penados; se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les impute; podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten al régimen carcelario; recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Cuando se trate de personal perteneciente a las fuerzas de seguridad, podrá establecerse su alojamiento en establecimientos de las mismas, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ley y reglamentarios tanto para la seguridad como para el ejercicio de sus derechos, a juicio del Magistrado interviniente.

(Concs. Art. 285 CPP Cba.; Art. 313 CPP Mza - parcial-)

Art. 298 - Detención Domiciliaria

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio.

(Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 299 - Internación Provisional.

Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

(Concs. Art. 287 CPP Cba.; Art. 262 CPP C.Rica - parcial; Art. 316 CPP Mza - parcial-)

Art. 300 - Caución. Objeto.

Se impondrá al imputado una caución juratoria, personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones (280).

(Concs. Art. 288 CPP Cba.; Art. 250 CPP C.Rica- parcial-; Art. 320 CPP Mza - parcial-)

Art. 301 - Determinación de la Caución.

Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado.

(Concs. Art. 289 CPP Cba.; Art. 321 CPP Mza -parcial-; art 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 302 - Caución Personal.

La caución personal consistirá en la obligación que el imputado asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije.

(Concs. Art. 290 CPP Cba.; Art. 323 CPP Mza; Art. 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 303 - Capacidad y Solvencia del Fiador.

Podrá ser fiador el que tenga capacidad para contratar y acredite solvencia suficiente. Nadie podrá tener otorgadas y subsistentes más de seis fianzas.

(Concs. Art. 291 CPP Cba.; Art. 324 CPP Mza - parcial -; Art. 250 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 304 - Caución Real.**

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. De la caución real ofrecida, deberá dar vista a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Dirección General de Rentas de la Provincia, para verificar la legalidad del origen de la misma. (Concs. Art. 292 CPP Cba.; Art. 325 CPP Mza -parcial-; Art. 250 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8588, ART. 1)

Art. 305 - Forma de Caución.

Las cauciones se otorgarán en actas que serán suscritas ante el Secretario y se inscribirán de acuerdo a las leyes registrales.(Concs. Art. 293 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 306 - Domicilio y Notificaciones.

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio especial en el acto en que se presta la caución. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado.

(Concs. Art. 294 CPP Cba.; Art.330 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 307 - Cancelación de las Cauciones.

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos:

- 1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuere constituido en prisión dentro del término que se le acordó.
- 2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.
- 3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

(Concs. Art. 295 CPP Cba.; Art. 333 CPP Mza -parcial-; Art. 254 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 308 - Sustitución.

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También podrá sustituirse la caución real.

(Concs. Art. 296 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 309 - Presunción de Fuga.

Si el fiador temiere fundadamente la fuga del imputado, deberá comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal que corresponda, y quedará liberado si aquél fuere detenido. Pero si resultare falso el hecho en que se basó la sospecha, se impondrá al fiador una multa de hasta mil quinientos pesos (conforme Ley N° 23928) y la caución quedará subsistente.

(Concs. Art. 297 CPP Cba.; Art. 335 CPP Mza- parcial-)

Art. 310 - Emplazamiento.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

(Concs. Art. 298 CPP Cba.; Art. 336 CPP Mza - parcial-; Art. 252 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 311 - Efectividad de la Caución.

Al vencimiento del término previsto por el artículo anterior, se dispondrá, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Regirá para ello el Código Procesal Civil. El producido de la venta de los bienes se destinará al Poder Judicial para la ampliación y/o mantenimiento de su biblioteca.

(Concs. Art. 299 CPP Cba.; Art. 337 CPP Mza -parcial-; Art.252 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 3. INDEMNIZACIÓN

Art. 312 - Procedencia.

Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, éste entendiere que fue privado arbitrariamente de su libertad, podrá reclamar en el fuero civil la indemnización que estime corresponder conforme a la legislación sustantiva.

(Concs. Art. 300 CPP Cba.; Art. 271 CPP C. Rica - parcial-)

LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

TÍTULO I. PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

***Art. 313 - Procedencia y Titularidad.**

Los delitos de acción pública dolosos y culposos, sancionados con pena mayor a tres años serán investigados con arreglo a las disposiciones del presente Título. La investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 8)

(Concs. Art. 301 CPP Cba.)

***Art. 313 bis** - Los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieren reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años con multa y/o inhabilitación serán investigados con arreglo al procedimiento correccional previsto en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 1.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8929, ART. 9)

Art. 314 - Finalidad.

La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

(Concs. Art. 302 CPP Cba.; arts. 274, 275 y 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 315 - Objeto.

La investigación penal tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

(Concs. Art. 303 CPP Cba.; Art. 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 316 - Investigación Directa.

Los órganos de la investigación penal deberán proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos delictivos que aparezcan cometidos en la ciudad de su asiento. Del mismo modo procederá con respecto a los delitos graves que aparezcan perpetrados fuera de dicha ciudad pero en su circunscripción.

Cuando sea necesario practicar diligencias fuera de la circunscripción, podrá actuarse personalmente o encomendarlas al órgano que corresponda.

(Concs. Art. 304 CPP Cba.)

Art. 317 - Defensor y Domicilio.

En la primera oportunidad, y si el imputado hubiese manifestado su voluntad de declarar, se lo invitará a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, se procederá conforme al artículo 134.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 320.

En el mismo acto, el imputado que esté en libertad deberá fijar domicilio.

(Concs. Art. 305 CPP Cba.; Art. 93, Art. 100 - parcial- CPP C.Rica)

"En el caso de las personas jurídicas privadas imputadas de los delitos previstos en artículo 1° de la Ley N° 27.401, deberá procederse de conformidad a lo establecido en el artículo 13° de la citada ley en lo relativo a la designación de abogado defensor". (Ley 9237)

***Art. 318 - Declaración informativa.**

Cuando no concurran las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1), las que no podrán exceder de un (1) año.

Deberá hacérsele saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de prestar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva.

(Concs. Art. 306 CPP Cba.; arts. 91 y 95 CPP C.Rica - parcial -Art. 206 Anteproyecto Sosa Arditti -parcial- Art. 6 Ley 13911)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 12)

Art. 319 - Identificación y Antecedentes.

Efectuada la imputación se remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y se ordenará que se proceda a su identificación. La oficina remitirá en triple ejemplar la planilla que se confeccione, uno se agregará al expediente y los otros se utilizarán para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Nacional 22.117.

(Concs. Art. 307 CPP Cba.; Art. 94 CPP C.Rica)

Art. 320 - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial.

Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

(Concs. Art. 308 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 321 - Notificación. Casos Urgentísimos.

Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

(Concs. Art. 309 CPP Cba.; arts. 101 y 294 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 322 - Posibilidad de Asistencia.

Se permitirá que los defensores asistan a los demás actos de investigación, salvo lo previsto por el artículo 272, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación.

La resolución no será recurrible.

Admitida la asistencia se avisará verbalmente a los defensores, sin retardar el trámite en lo posible. En todo caso se dejará constancia.

(Concs. Art. 310 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica)

Art. 323 - Deberes y Facultades de los Asistentes.

Los defensores que asistan a los actos de investigación no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del órgano competente, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuese concedido; podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución no será recurrible.

(Concs. Art. 311 CPP Cba.; Art. 214 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 324 - Compulsa de las actuaciones.**

El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes desde la imputación formal, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo.

Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318.

La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones.

Los abogados, con los límites precedentemente expuestos, tendrán acceso y libertad de compulsas con la sola exhibición de la credencial profesional. La negativa a exhibir las actuaciones, fundada en cuestiones administrativas, será considerada falta grave para el funcionario que la realice o consienta y para el Fiscal a cargo.

(Concs. Art. 312 CPP Cba.; Art. 215 CPP Mza. ; Ley 6408).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 13)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 325 - Actuaciones.

Las diligencias del sumario se harán constar en actas que el Secretario extenderá y compilará conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero.

(Concs. Art. 313 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. DENUNCIA

Art. 326 - Facultad de Denuncia.

Toda persona que tenga noticia de un delito perseguible de oficio podrá denunciarlo al Fiscal de Instrucción o a la Policía Judicial. Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar.

(Concs. Art. 314 CPP Cba.; Art. 278 CPP C.Rica; Art. 179 CPP Mza -parcial-)

Art. 327 - Forma.

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse el poder.

La denuncia escrita será firmada ante el funcionario que la reciba.

Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo con el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero. En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

(Concs. Art. 315 CPP Cba.; Art. 279 CPP C.Rica; Art. 180 CPP Mza - parcial-)

Art. 328 - Contenido.

La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil, podrá contener también la manifestación prevista en el inciso a) del artículo 34.

(Concs. Art. 316 CPP Cba.; Art. 280 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 329 - Obligación de Denuncia. Excepción.

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por ley bajo el amparo del secreto profesional. Nadie podrá formular denuncia contra su cónyuge, ascendiente,

descendiente, o hermano, salvo que el delito sea ejecutado en su perjuicio o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo al que lo liga con el denunciado.

(Concs. Art. 317 CPP Cba.; arts. 183 y 184 CPP Mza.; Art. 281 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 330 - Responsabilidad y protección del Denunciante.

El denunciante no será parte del proceso, no incurrirá en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnia. Tendrá derecho a su pedido a que se disponga el resguardo de su identificación, hasta tanto la defensa del imputado solicite la necesidad de su revelación y el Magistrado interviniente lo considerase conveniente.

Tendrá derecho también de solicitar la protección de su persona, familia y/o bienes.

(Concs. Art. 318 CPP Cba.)

Art. 331 - Denuncia ante el Fiscal de Instrucción.

En la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal.

(Concs. Art. 319 CPP Cba. -parcial-)

Art. 332 - Denuncia ante la Policía Judicial.

Cuando la denuncia fuere presentada ante la Policía Judicial, ésta actuará con arreglo a los artículos 336 y 338.

(Concs. Art. 320 CPP Cba.; Art. 194 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Art. 333 - Función.

La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 9.

(Concs. Art. 321 CPP Cba.; arts. 283 y 285 CPP C.Rica -parcial-; Art. 189 CPP Mza -parcial-)

Art. 334 - Composición.

Serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía Administrativa actuará como Policía Judicial hasta tanto sea puesta en funcionamiento la Policía Judicial, o cuando existiendo la misma, no pueda hacerlo inmediatamente. Desde que la Policía Judicial intervenga, la Policía Administrativa, será su auxiliar.

(Concs. Art. 322 CPP Cba.; Art. 284 CPP C.Rica -parcial-; Art. 190 CPP Mza -parcial-)

***Art. 335 - Subordinación.**

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto por las Leyes de Policía o las que las sustituyan. Cumplirán sus funciones bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes que les impartan los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales. *Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los Jueces y Fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos.

(Concs. Art. 323 CPP Cba.)

(#NDR.: El tercer párrafo de este artículo se intentó modificar por la Ley 7282, art. 3. De su lectura se desprende que la modificación propuesta por esta norma no altera en nada la redacción original del texto de este artículo.)

***Art. 336 – Atribuciones policía judicial**

La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

*2) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

*3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros impostergables.

5) Si fuera indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 286.

6) Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

7) Citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.

8) Recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, en las formas y con las garantías que establecen los artículos 271 y ss.

9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

(Concs. Art. 324 CPP Cba.; Art. 286 CPP C.Rica; Art. 192 CPP Mza -parcial-)

Art. 337 - Prohibiciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial no podrán abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Sin embargo, en los casos urgentes podrán ocurrir a las más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Concs. Art. 325 CPP Cba.)

Art. 338 - Comunicación y Procedimiento.

Los oficiales de la Policía Judicial comunicarán inmediatamente al Fiscal de Instrucción todos los delitos que llegaren a su conocimiento y practicarán los actos urgentes que la ley autoriza y los que aquél les ordenare, observando las normas que este Código establece. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 290, las actuaciones y las cosas secuestradas serán remitidas al Fiscal de Instrucción o al Juez de Paz, dentro del plazo de tres días de iniciada la investigación; pero dichos funcionarios podrán prorrogarlo por otro tanto cuando aquélla sea compleja o existan obstáculos insalvables.

(Concs. Art. 326 CPP Cba.; Art. 288 CPP C.Rica -parcial-; Art. 194 CPP Mza -parcial-)

Art. 339 - Sanciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados por los tribunales o el Ministerio Público, previo informe del interesado, con apercibimiento o multa de hasta mil quinientos pesos (cfr. Ley 23928), sin perjuicio de la suspensión hasta por treinta días, cesantía o exoneración que pueda disponer la Suprema Corte de Justicia y de la responsabilidad penal que corresponda. Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, podrán ser objeto de las mismas sanciones; pero la suspensión, cesantía o exoneración de ellos sólo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 196 CPP Mza)

CAPÍTULO 4. INVESTIGACIÓN FISCAL

Art. 340 - Forma.

El Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 274 CPP C.Rica -parcial-; Art. 208 CPP Mza -parcial-)

Art. 341 - Facultades.

El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

(Concs. Art. 329 CPP Cba.; Art. 290 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 341 bis - Los ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:**

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.
- c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.
- d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

*e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- 1) Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- 2) Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- 3) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.
- 4) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia.
- 5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción.

(TEXTO INC E MODIFICADO POR LEY 8929, ART. 16)

(HIS.: TEXTO INC E INCORPORADO POR LEY 8896, ART. 14)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 7282, ART. 1)

Art. 342 - Actos Definitivos e Irreproductibles.

Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproductibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

(Concs. Art. 330 CPP Cba.; Art. 276 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 343 - Defensor.

El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317.

(Concs. Art. 331 CPP Cba.; Art. 100 -Art. 101 y conc.CPP C.Rica -parcial-; Art. 209 CPP Mza -parcial-)

Art. 344 - Situación del Imputado.

En el ejercicio de su función, el Fiscal de Instrucción podrá citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle la declaración si lo requiriese el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 283, 284, 292, 293, 295, 296 y 271.

(Concs. Art. 332 CPP Cba.)

***Art. 345 - Control Jurisdiccional.**

En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 333 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 4)(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 346 - Archivo.**

Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable.

Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa.

(Concs. Art. 334 CPP Cba.; Art. 206 CPP Mza -parcial-)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 15)(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 347 - Proposición de Diligencias.**

Las partes podrán proponer diligencias, las que serán practicadas salvo que el Fiscal no las considere pertinentes y útiles; si las rechazara, podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción en el término de tres días. El Juez resolverá en igual plazo.

(Concs. Art. 335 CPP Cba.; art 292 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 348 - Pedido de la Prisión Preventiva.**

*En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

*Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo.

(Concs. Art. 336 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 55)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 5) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 349 - Duración.**

La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

(Concs. Art. 337 CPP Cba.) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 350 - Oposición. Trámite.**

En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento del Fiscal, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. En ningún caso se prorrogarán o suspenderán los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 338 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 16) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

TÍTULO II. SOBRESEIMIENTO

***Art. 351 - Facultad de Sobreseer.**

El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado durante la investigación cuando se hubiera procedido a efectuar formalmente la imputación conforme al Artículo 271, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 373.

En el supuesto previsto en el Artículo 353 inciso 4, el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

Durante la investigación fiscal, será requerido por el Fiscal en forma fundada.

(Concs. Art. 348 CPP Cba.; Art. 341 CPP Mza.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 17)

Art. 352 - Valor.

El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

(Concs. Art. 349 CPP Cba.; Art. 342 CPP Mza.)

***Art. 353 - Procedencia.**

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.

5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. Art. 5 (armonía social) Art. 59 inciso 6° CP

7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.

8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

(Concs. Art. 350 CPP Cba.; Art. 343 CPP Mza., Art. 311 CPP C.Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 18)

11) Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo". (Ley 9237)

Art. 354 - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior.

(Concs. Art. 351 CPP Cba.; Art. 344 CPP Mza.; Art. 312 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 355 - Apelación.**

La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y por el querellante particular.

Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el Artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

(Concs. Art. 352 CPP Cba.; Art. 345 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 19)

Art. 356 - Efecto.

Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

(Concs. Art. 353 CPP Cba.; Art. 348 CPP Mza.; Art. 313 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. CLAUSURA

Art. 357 - Procedencia.

El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.

(Concs. Art. 354 CPP Cba.)

Art. 358 - Contenido de la Acusación.

El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.

(Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial.**

Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado. El Juez de Instrucción fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

(Concs. Art. 356 -parcial., 419 y 420 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 360 - Instancias.**

Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de cinco días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal.

(Concs. Art. 357 CPP Cba.; Art. 364 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 24)

***Art. 361 - Elevación a Juicio.**

El Juez resolverá en audiencia oral la oposición. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal. Si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa, ordenará la elevación con dicha calificación. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el fiscal al tribunal de juicio.

(Concs. Art. 358 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 20)

***Art. 362 - De las audiencias orales.**

Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno.

Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines.

(Concs. Art. 359 CPP Cba.; Art. 366 - Art. 370 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 21)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 25)

Art. 363 - Clausura y Notificación.

La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene. Cuando el Tribunal de juicio tuviere asiento en otro lugar, aquellas resoluciones serán notificadas a las partes y defensores, quienes deberán constituir nuevo domicilio.

(Concs. Art. 360 CPP Cba.)

LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I. JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PRELIMINARES

***Art. 364 - Audiencia preliminar.**

Recibido el caso por la Cámara de Crimen o la OGAP, dentro del primer día hábil, fijará fecha para realizar la audiencia preliminar, la que deberá tener lugar en un plazo no mayor de diez (10) días.

Dentro de los dos (2) primeros días de recibida la notificación del artículo 364 haciendo saber el Juez que va a entender, las partes podrán plantear la recusación en los términos del artículo 79. En el mismo plazo deberá formularse la demanda civil, bajo apercibimiento de tener al interesado por desistido.

La audiencia preliminar deberá tramitarse con la presencia ininterrumpida del Juez, el Fiscal, el imputado, su defensor, y demás partes, bajo pena de nulidad. Se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos, salvo la lista de testigos y peritos, o individualización de prueba, con copia a todos los intervinientes.

La ausencia del querellante o actor civil, debidamente notificados, implica el desistimiento de su intervención y el procedimiento seguirá su curso sin su participación posterior.

"Ante la incomparecencia del imputado se diferirá la audiencia hasta contar con su presencia y, a pedido del fiscal o querellante, se ordenará su inmediata detención. Tratándose de una persona jurídica privada, el juez deberá cumplimentar las disposiciones de los artículos 14° de la Ley N° 27.401 y 99° de la presente Ley". (Modifícase el quinto párrafo del artículo 364° de la Ley N° 6.730. Conforme Ley 9237)

Ante la comparecencia del imputado el Juez declarará abierta la audiencia, identificará al imputado, e inmediatamente realizará una breve enunciación de las presentaciones que hubieren realizado las partes que se encontraren presentes en la audiencia.

Seguidamente podrán plantear la aplicación de algún Criterio de Oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a pedido del Ministerio Público Fiscal; a pedido del imputado o su defensor la Suspensión del Juicio a Prueba que solo procederá con consentimiento fundado del Fiscal; o cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado. El Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan. Se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto.

En su caso, el Juez invitará al actor civil, al imputado, al demandado civil y citado en garantía, a solucionar el conflicto civil, acordando el litigio sobre la pretensión que hubiere deducido el primero. Será constancia

del acuerdo el audio, sin perjuicio que las partes decidan instrumentarlo por escrito con posterioridad al acuerdo.

De no ser planteado ningún Criterio de Oportunidad, o el mismo fuere rechazado, o no solucionada la cuestión civil, el Juez citará las partes a juicio.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 56) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 5)

(HIS.: ULTIMO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7137, ART. 1) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 365 - Comparecencia del acusado detenido.**

Conducido el acusado declarado rebelde que se ordenó detener según el Art. 364, se procederá de acuerdo al mismo y si se peticiona un Criterio de Oportunidad deberá resolverse sobre su situación de privación de libertad según corresponda. Si no se aplicare un Criterio de Oportunidad, y sólo luego de brindar las explicaciones de su incomparecencia, y a pedido de parte, podrá disponer el Juez medidas de seguridad o cautelares necesarias, o mantener la detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 361 bis CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 57)

***Art. 366 - Continuación de la Audiencia Preliminar.**

Nulidades y excepciones.

Seguidamente las partes podrán interponer, bajo pena de caducidad, las nulidades y excepciones que no hayan deducido anteriormente, las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral.

(Concs. Art. 362 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 58)

***Art. 367 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Ofrecimiento de prueba.

Las partes deberán presentar por escrito en la audiencia preliminar la prueba de la que han de valerse en el juicio, con copia para cada parte, con individualización de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada una, bajo pena de inadmisibilidad. Los testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio.

Sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria. Quedan a salvo de esta disposición cuando deban designarse psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima.

El Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva.

(Concs. Art. 363 CPP Cba.; Art. 386 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 59)

***Art. 368 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Observaciones y acuerdos de la prueba; admisión y rechazo.

Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba.

Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.

Finalmente, el Juez admitirá la prueba pertinente que será sustanciada en el juicio oral.

(Concs. Art. 364 CPP Cba.; Art. 387 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 60)

***Art. 369 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Exclusión de prueba de cargo esencial. Cuando se excluyeren pruebas de cargo esenciales para sustentar la acusación en el juicio oral respectivo, las partes podrán solicitar el sobreseimiento definitivo, y el Juez previo oír a los interesados, resolverá en forma inmediata. Cuando el pedido lo formule el Fiscal, el Juez deberá sobreseer. Si el querellante se opuso podrá recurrirlo. Si instare el sobreseimiento la defensa, el rechazo será irrecurrible.

(Concs. Art. 365 CPP Cba.; Art. 388 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 61)

***Art. 370 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Actividad probatoria complementaria. Cuando la prueba admitida no pueda practicarse durante el juicio oral, y sólo a requerimiento de parte el Juez podrá disponer la realización en los siguientes casos:

- 1) La declaración de testigo que no pudiere comparecer al debate y fuera imposible que deponga por video conferencia.
- 2) El simple reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba.
- 3) Las pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el juicio oral.

En los casos de los incisos 1) y 2), se fijará inmediatamente fecha para que tenga lugar la audiencia oral, quedando notificadas las partes.

Cuando se trate de un perito, según corresponda se tendrá por designado al propuesto o se procederá al inmediato sorteo.

En cualquiera de estos casos, los actos deberán practicarse en el tiempo que fije el Juez de acuerdo a la actividad procesal a realizar, que nunca podrá ser superior a los quince (15) días desde la Audiencia Preliminar, debiendo agregarse en las actuaciones los informes, actas o instrumentos, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los dos (2) días desde su vencimiento.

(Concs. Art. 366 CPP Cba.; Art. 391 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 62)

***Art. 371 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Fecha de juicio oral. En la misma audiencia, el Juez solicitará a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y en su caso, y que integre en caso de ser necesario el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

Las partes quedarán notificadas en el mismo acto de la fecha de debate que fija la OGAP.

La OGAP de inmediato ordenará la citación de testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir en el juicio oral, y la producción del resto de la prueba admitida.

(Concs. Art. 367 CPP Cba.; Art. 389 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 63)

***Art. 372.- Unión y Separación de Juicios.**

A petición de parte se podrá ordenar la acumulación, cuando por el mismo delito atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones siempre que esta no determine un grave retardo; o si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, se podrá disponer que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro.

(Concs. Art. 368 CPP Cba.; Art. 390 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 64)

***Art. 373 - Sobreseimiento.**

El Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando:

nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable;

se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal;

se produjere otra causa extintiva de aquélla,

se verificase que concurre una excusa absolutoria;

a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación.

(Concs. Art. 370 CPP Cba.; Art. 392 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 65)

Art. 374 - Indemnización y Anticipo de Gastos.

Cuando los testigos, peritos e intérpretes citados no residan en la ciudad donde se realizará el debate, el Presidente fijará prudencialmente, a petición del interesado, la indemnización que corresponda por gastos indispensables de viaje y estadía. Las partes civiles y el querellante particular deberán consignar en Secretaría el importe necesario para indemnizar a las personas citadas a su pedido, salvo que también lo fueren a propuesta del Ministerio Público o del imputado, o que acrediten estado de pobreza.

(Concs. Art. 371 CPP Cba.; Art. 394 CPP Mza.-parcial)

CAPÍTULO 2. DEBATE

SECCIÓN PRIMERA. AUDIENCIAS

Art. 375 - Oralidad y Publicidad.

El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

(Concs. Art. 372 CPP Cba.; Art. 395 CPP Mza.-parcial-; Art. 333 y 334 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 376 - Prohibiciones para el Acceso.

No tendrán acceso a la sala de audiencia los menores de 14 años, los dementes y los ebrios. Por razones de seguridad, orden, higiene, moralidad o decoro, la Cámara podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria o limitar la admisión a un determinado número.

(Concs. Art. 373 CPP Cba.; Art.396 CPP Mza.-parcial; Art. 332 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 377 - Continuidad y Suspensión.

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse por un término máximo de quince días en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, el Fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al artículo 369.
- 4) Si algún Juez, Fiscal o defensor se enfermase hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. En estos supuestos, el Presidente les informará lo ocurrido en la audiencia.

5) Si el imputado se encontrare en la situación prevista en el inciso anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por los médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de juicios.

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria, que se practicará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 369.

7) Cuando el defensor lo solicite conforme al artículo 391.

8) Si se produjere la situación prevista en el Artículo 139, segundo párrafo. En caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para los comparecientes. El debate continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Si ésta excediere el término máximo antes fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente, bajo pena de nulidad, e iniciarse antes de los sesenta días. Durante el tiempo de suspensión, los Jueces y Fiscales podrán intervenir en otros juicios.

(Concs. Art. 374 CPP Cba.; Art. 397 CPP Mza. -parcial-)

Art. 378 - Asistencia y Representación del Imputado.

El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona sin perjuicio de la vigilancia y cautelas necesarias que se dispongan para impedir su fuga o violencia. Si después del interrogatorio de identificación el imputado deseara alejarse de la audiencia, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos será representado por el defensor. Si su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser compelido por la fuerza pública. Cuando el imputado se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 375 CPP Cba.; Art. 398 CPP Mza.-parcial-; Art. 336 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 379 - Postergación Extraordinaria.

En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate, y en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia.

(Concs. Art. 376 CPP Cba.; Art. 400 CPP Mza. -parcial-)

Art. 380 - Poder de Policía y de Disciplina.

El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con multa de hasta mil pesos (cfr. Ley Nº 23.928) o arresto de hasta 30 días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

La medida será dictada por la Cámara cuando afecte al Fiscal, a las partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos.

(Concs. Art. 377 CPP Cba.; Art. 401 CPP Mza. -parcial-)

Art. 381 - Obligación de los Asistentes.

Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

(Concs. Art. 378 CPP Cba.; Art. 402 CPP Mza. -parcial-; Art. 335 "in fine" CPP C.Rica -parcial-)

Art. 382 - Delito en la Audiencia.

Si en la audiencia se cometiere un delito de acción pública, el Tribunal ordenará levantar un acta y, si correspondiere, la inmediata detención del presunto culpable, el que será puesto a disposición del Fiscal de Instrucción, a quien se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que proceda como corresponda.

(Concs. Art. 379 CPP Cba.)

Art. 383 - Forma de las Resoluciones.

Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta.

(Concs. Art. 380 CPP Cba.)

Sección Segunda. Actos del Debate

Art. 384 - Dirección.

El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

(Concs. Art. 381 CPP Cba.; Art. 406 CPP Mza. -parcial-)

Art. 385 - Apertura.

El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Después de verificar la presencia del Fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.

(Concs. Art. 382 CPP Cba.; Art. 405 CPP Mza. -parcial-)

Art. 386 - Cuestiones Preliminares.

Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, se podrá deducir, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refiere el inciso 2 del Artículo 201. Las cuestiones referentes a la incompetencia por razón de territorio, a la unión o separación de juicio, a la admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad, con igual sanción, salvo que la posibilidad de proponerlas no surja sino en el curso del debate.

(Concs. Art. 383 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza. -parcial-)

Art. 387 - Trámite de los incidentes.

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del proceso.

En la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte, hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el Presidente.

(Concs. Art. 384 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza.-parcial-)

Art. 388 - Declaraciones del Imputado.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el Presidente recibirá declaración al imputado si éste lo solicitase. En caso contrario procederá a recibir las pruebas en el orden indicado en los artículos respectivos de esta sección. Si hubiera manifestado espontáneamente su voluntad de declarar y así lo hiciere e incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante el Fiscal de Instrucción, los Jueces de Menores y de Paz, siempre que se hubieren observado las normas de la investigación. De igual manera se procederá si manifestare su voluntad de no declarar. Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

(Concs. Art. 385 CPP Cba.)

Art. 389 - Declaración de Varios Imputados.

Si los imputados fueren varios, el Presidente podrá alejar de la sala de audiencia a los que no declaren, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

(Concs. Art. 386 CPP Cba.; Art. 410 CPP Mza.-parcial-)

Art. 390 - Facultades del Imputado.

En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas - incluso si antes se hubiere abstenido - siempre que se refieran a su defensa. El Presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere aún, podrá alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

(Concs. Art. 387 CPP Cba.; Art. 411 CPP Mza.-parcial-)

Art. 391 - Ampliación del Requerimiento Fiscal.

El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.

Regirá lo dispuesto por el artículo 369.

El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

(Concs. Art. 388 CPP Cba.; Art. 412 CPP Mza. -parcial-; Art. 347 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 392 - Hecho Diverso.

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.

Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los Artículos 385, 388, 393 y 405, en cuanto corresponda. (Concs. Art. 389 CPP Cba.)

Art. 393 - Recepción de Pruebas.

El Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo. Si el imputado hubiese manifestado espontáneamente su decisión de declarar, éste será el primer acto.

(Concs. Art. 390 CPP Cba.)

Art. 394 - Normas de la Investigación Penal Preparatoria.

En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la investigación penal preparatoria relativas a la recepción de las pruebas.

(Concs. Art. 391 CPP Cba.)

Art. 395 - Dictamen Pericial.

El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formularen. El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

(Concs. Art. 392 CPP Cba.; Art. 415 CPP Mza.; Art. 350 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 396 - Testigos.

Enseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el artículo 399. La parte que los propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el Presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

(Concs. Art. 393 CPP Cba.; Art. 351 CPP C.Rica -parcial-; Art. 415 CPP Mza.)

Art. 397 - Examen en el Domicilio.

El testigo o el perito que no compareciere por legítimo impedimento podrá ser examinado, en el lugar donde se hallare, por un Vocal. Podrán asistir, además de los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores. En todo caso, el acta que se labre será leída durante el debate.

(Concs. Art. 394 CPP Cba.)

Art. 398 - Elementos de Convicción.

Los elementos de convicción secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos según lo dispuesto por el artículo 267 y a declarar lo que fuere pertinente.

(Concs. Art. 395 CPP Cba.)

Art. 399 - Interrogatorio.

Con la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración.

El Presidente rechazará toda pregunta inadmisibles. La resolución podrá ser recurrida sólo ante la Cámara.
(Concs. Art. 396 CPP Cba.)

Art. 400 - Lectura de Declaraciones Testificales.

Las declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos, bajo pena de nulidad:

- 1) Cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó o hubiese acuerdo entre el Tribunal y las partes.
- 2) A pedido del Ministerio Público o de las partes, si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario para ayudar la memoria del testigo.
- 3) Cuando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar.
- 4) Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.

(Concs. Art. 397 CPP Cba.) fallo de la guarda

***Art. 401 - Lectura de Actas y Documentos.**

El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción.
- 5) Las constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.

(Concs. Art. 398 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 402 - Inspección Judicial.

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el Tribunal podrá disponerla, aún de oficio, y la practicará de acuerdo con el artículo 397.

(Concs. Art. 399 CPP Cba.)

Art. 403 - Nuevas Pruebas.

El Tribunal podrá ordenar, a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes o proceder con arreglo al artículo 254. Las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(Concs. Art. 400 CPP Cba.; Art. 355 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 404 - Falsedades.

Si un testigo, perito o intérprete incurriere en falsedad, se procederá conforme al artículo 382.

(Concs. Art. 401 CPP Cba.; Art. 422 CPP Mza.)

Art. 405 - Discusión Final.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra

- al actor civil,
- al Ministerio Público,
- al querellante particular, y
- a los defensores del imputado y ju8
- del demandado civil,

para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 119. El demandado civil observará lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil. Si intervinieren dos Fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas.

Sólo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar.

Corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones. La omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

A continuación se establecerá el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos.

(Concs. Art. 402 CPP Cba.; Art. 425 y Art. 78 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 3. ACTA DEL DEBATE

Art. 406 - Contenido.

El secretario labrará un acta del debate que deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha de la audiencia, con mención de la hora en que comenzó y terminó, y de las suspensiones dispuestas.
- 2) El nombre y apellido de los jueces, fiscales, querellante particular, defensores y mandatarios.
- 3) Las condiciones personales del imputado y el nombre de las otras partes.
- 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate.
- 5) Las instancias y conclusiones del Ministerio Público y de las partes.

6) Otras menciones prescritas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer y aquéllas que solicitaren el Ministerio Público o las partes.

7) Las firmas de los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios, querellante particular, si lo hubiere, y otros sujetos del proceso que hubieren intervenido, y Secretario, previa lectura.

(Concs. Art. 403 CPP Cba.; Art. 426 CPP Mza. -parcial-)

Art. 407 - Resumen o Versión.

En las causas de prueba compleja, a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, el Secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta.

También podrá ordenarse la grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate.

(Concs. Art. 404 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA

Art. 408 - Deliberación.

Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el Secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377.

(Concs. Art. 405 CPP Cba.; Art. 428 CPP Mza. -parcial-; Art. 360 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 409 - Normas para la Deliberación.

El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al artículo 206. Los Jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio.

Regirá el artículo 406. (Concs. Art. 406 CPP Cba.; Art. 361 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 410 - Reapertura del Debate.

Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.

(Concs. Art. 407 CPP Cba.; Art. 429 CPP Mza. -parcial-)

Art. 411 - Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

1) La mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación.

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado.

4) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5) La firma de los Jueces; pero si uno de los miembros del Tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, ésto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

(Concs. Art. 408 CPP Cba.; Art. 431 CPP Mza. -parcial-; Art. 363 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 412 - Lectura.

Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan.

Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral. Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate.

(Concs. Art. 409 CPP Cba.; Art. 432 CPP Mza. -parcial-)

Art. 413 - Sentencia y Acusación.

En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

(Concs. Art. 410 CPP Cba.; Art. 433 CPP Mza. -parcial-; Art. 365 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 414 - Absolución.

La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente; la aplicación de medidas de seguridad; o la restitución, indemnización o reparación demandada.

(Concs. Art. 411 CPP Cba.; Art. 434 CPP Mza. -parcial-; Art. 366 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 415 - Condena.**

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

*Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Título II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en los artículos 1º, 2º y 3º de la presente.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7222, ART. 5)

*Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 18)

(Concs. Art. 412 CPP Cba.; Art. 435 CPP Mza. -parcial-; Art. 367 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 416 - Nulidad.

La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los Jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 411.

(Concs. Art. 413 CPP Cba.; Art. 436 CPP Mza. -parcial-)

TÍTULO II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

***CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTO CORRECCIONAL**

(NOMINACION DEL CAPITULO 1 SUSTITUIDA POR LEY 8929, ART. 10)

***Art. 417 - Información Sumaria.**

El Ayudante Fiscal, bajo las directivas del Fiscal de Instrucción, practicará una información sumaria que se realizará en el término de quince (15) días, con el objeto de reunir los elementos probatorios que sirvan de base a la acusación fiscal y procederá a efectuar la imputación formal conforme las disposiciones del artículo 271.

Las partes podrán proponer diligencias las que serán producidas en la etapa de plenario, salvo que se trate de actos urgentes o definitivos e irreproducibles.

El Fiscal de Instrucción podrá disponer el archivo de las actuaciones, cuando así correspondiera (artículo 346).

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 66)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 11)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 3. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (Concs. Art. 414 CPP Cba.; Art. 437 y ss. CPP Mza.- Parcial)

***Art. 417 bis - Medidas de Coerción.**

En caso que el imputado estuviere privado de su libertad el término de la Información Sumaria será de diez (10) días desde la imputación formal y se aplicarán los artículos 284 y 345, no así el artículo 348, del presente Código. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 67)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 12)

***Art. 417 ter - Información Sumaria como Investigación Fiscal.**

Vencido el término de la Información Sumaria sin que se hubiere solicitado la audiencia de acusación la causa continuará su trámite conforme las disposiciones de la Investigación Fiscal (Capítulo IV, del Título Primero, del Libro Segundo).

Cuando el acusado estuviere privado de su libertad deberá solicitarse la prisión preventiva (artículo 348) en el término fatal de un (1) día.

También, en caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento, continuando el trámite según las disposiciones de la Investigación Penal Preparatoria. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 68)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 13)

***Art. 417 quáter - Clausura de la Información Sumaria.**

Cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener:

- 1) Individualización de la causa.
- 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo.
- 3) Condiciones personales de las partes.
- 4) Enunciación del hecho y su calificación legal.
- 5) El pedido de citación a las partes.
- 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

El Ministerio Público Fiscal deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación. Luego, deberá remitir el legajo o las actuaciones o, en su caso, el expediente al juzgado o la OGAP

En caso de no haber reunido elementos de convicción, deberá solicitar al Juez el Sobreseimiento, conforme las disposiciones del artículo 351 y siguientes de la presente ley.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 14)

***Art. 417 quinquies - Audiencia de Acusación.**

La audiencia de acusación deberá fijarse dentro del término fatal cinco (5) días.

Abierta la audiencia y formulada la acusación podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado. Si no existiera ningún planteo de oportunidad o este fuese rechazado, la defensa podrá solicitar el control de la detención sobre la legalidad de la misma fundada en alguno de los tres incisos del artículo 293, se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas, salvo las que se establezcan en este Capítulo.

Ofrecida y aceptada la prueba, el Juez solicitará a la OGAP la fecha de audiencia de debate según el artículo 371.

El Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración.

No se podrá condenar al imputado si el Ministerio Público Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 15)

CAPÍTULO 2. JUICIO ABREVIADO

Art. 418 - Procedencia.

Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público manifieste su conformidad.

La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite.

Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer.

Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

Art. 420 - Resolución.

El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio conocido, en audiencia oral.

En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario.

Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

CAPÍTULO 3. JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

SECCIÓN PRIMERA. QUERELLA

Artículo 421- Derecho de querella.

Toda persona con capacidad civil o persona jurídica privada que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el Tribunal de juicio competente y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste".

Art. 422 - Unidad de Representación.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo.

(Concs. Art. 425 CPP Cba.; Art. 452 CPP Mza. -parcial-)

Art. 423 - Acumulación de Causas.

La acumulación de causas por delitos de acción privada se registrá por las disposiciones comunes, pudiendo procederse así cuando se trate de calumnias o injurias recíprocas, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

(Concs. Art. 426 CPP Cba.; Art. 451 CPP Mza. -parcial-; Art. 382 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 424 - Forma y Contenido de la Querella.

La querella será presentada por escrito, con una copia para cada querellado, personalmente o por mandatario especial, y deberán expresar, bajo pena de inadmisibilidad:

1) El nombre, apellido y domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario. Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante,

como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público. (Inc. 1 modificado por Ley 9237)

2) El nombre, apellido y domicilio del querellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.

4) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

5) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:

a) La nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio y hechos sobre los que deberán ser examinados;

b) Cuando la querella verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; c) La copia de la sentencia civil definitiva que declare el divorcio por adulterio, si la querella fuere por ese hecho.

6) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el Secretario.

La querella será rechazada en los casos previstos por el artículo 346, pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción.

(Concs. Art. 427 CPP Cba.; Art. 453 CPP Mza. -parcial-)

Art. 425 - Responsabilidad del Querellante.

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del Tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales.

(Concs. Art. 428 CPP Cba.; Art. 456 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 426 - Renuncia Expresa.

El querellante podrá renunciar en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

(Concs. Art. 429 CPP Cba.; Art. 457 CPP Mza. -parcial-)

Art. 427 - Renuncia Tácita.

Se tendrá por renunciada la acción privada:

1) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las 48 horas de la fecha fijada para aquélla.

2) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

(Concs. Art. 430 CPP Cba.; Art. 459 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 428 - Efectos de la Renuncia. Desestimación de la querella.

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa. Asimismo el tribunal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando el hecho imputado no

constituyera delito. Contra tales resoluciones que desestimen la querella, será procedente el recurso de casación.

(Concs. Art. 431 CPP Cba.; Art. 460 -Art.206 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SEGUNDA. PROCEDIMIENTO

Art. 429 - Audiencia de Conciliación.

Presentada la querella, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso.

(Concs. Art. 432 CPP Cba.; Art. 461 CPP Mza.; Art. 385 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 430 - Investigación Preliminar.

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado a conseguir la documentación.

(Concs. Art. 433 CPP Cba.; Art. 454 CPP Mza. -parcial-)

Art. 431 - Conciliación y Retracción.

Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa.

Si el querellado se retractare en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estimare adecuada.

(Concs. Art. 434 CPP Cba; Art. 462 CPP Mza.; Art. 386 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 432 - Prisión y Embargo.

El Tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurran los requisitos del artículo 293 inciso 2). Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes.

(Concs. Art. 435 CPP Cba.)

Art. 433 - Citación a Juicio.

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 436 CPP Cba; Art. 463 CPP Mza. -parcial-; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 434 - Excepciones.

Durante el término prefijado, el querellado podrá oponer excepciones previas de conformidad al Título II, Capítulo 1, Sección Tercera del Libro Primero.

(Concs. Art. 437 CPP Cba.)

Art. 435 - Fijación de Audiencias.

Vencido el término previsto por el artículo 433 o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para el debate conforme al artículo 371 y el querellante adelantará en su caso los fondos a que se refiere el artículo 374.

(Concs. Art. 438 CPP Cba; Art. 465 CPP Mza. -parcial-)

Art. 436 - Debate.

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento.

(Concs. Art. 439 CPP Cba; Art. 466 CPP Mza.)

Art. 437 - Incomparecencia del Querellado.

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 378 y 379.

(Concs. Art. 440 CPP Cba; Art. 467 CPP Mza.; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 438 - Ejecución.

La sentencia será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

(Concs. Art. 441 CPP Cba; Art. 468 CPP Mza. -parcial-)

Art. 439 - Recursos.

Con respecto a los recursos se aplicarán las normas comunes.

(Concs. Art. 442 CPP Cba; Art. 469 CPP Mza.)

***CAPÍTULO 4.*PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA**

(CAPITULO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 bis - Procedencia. Audiencia de Detención y Acuerdos.**

En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.

Se procurará, en la medida de lo posible, mantener la vestimenta y condiciones fisonómicas del imputado hasta la realización de la audiencia. Si ello no fuere posible, se dejará debidamente registrado por medio de fotografía, o medio digital técnico indubitable, la descripción física y vestimenta que al momento del hecho tenía el o los imputados, objetos de los que se valieron para cometer el delito, individualización de

los testigos, de los objetos involucrados en el ilícito, daños y perjuicios producidos, y cuantos más datos sean considerados de interés por las partes del proceso.

En caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento de flagrancia continuando el trámite mediante investigación Penal Preparatoria.

Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. La instancia del querellante particular sólo podrá formularse hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia con vista a las partes y la resolución será irrecurrible.

Se efectuará la imputación formal (artículo 271 y conc. del Código Procesal Penal), oportunidad que podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado.

Si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 71) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 ter - Procedimiento Directísimo.**

En la misma audiencia, podrán plantear las nulidades y excepciones de acuerdo al artículo 366. Las partes deberán ofrecer las pruebas a rendirse en el debate que se tramitarán según el artículo 368 y fijará la Audiencia de Finalización, en el plazo de dos (2) días hábiles desde la aprehensión, salvo el caso de producción de pruebas pertinentes y útiles que demanden más tiempo, quedando notificadas en ese acto las partes.

Cuando la fecha del debate sea posterior a los días (10) días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 72) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 quater - Audiencia de Finalización.**

Será de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I. Juicio Común.

El Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente. Se concederá a continuación la palabra al imputado para que exprese si desea ratificar o rectificar conforme su declaración en audiencia anterior.

Se recibirán los testimonios y pericias, y se incorporará la prueba instrumental según los acuerdos probatorios al que previamente hubieran arribado. Luego las partes pasarán a alegar en el orden establecido en el artículo 405 de este Código.

El Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad o formulará la acusación y solicitará en su caso pena. El Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 73) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***CAPÍTULO 5. HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA**

(NUMERACION MODIFICADA SEGUN LEY 7692, ART. 2)

Art. 440 - Procedencia.

Toda persona detenida o incomunicada en violación de los arts. 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional Nº 23.098.

En lo pertinente el hábeas data se regirá por las disposiciones contenidas en el presente Título.

(Concs. Art. 474 CPP Mza.)

Art. 441 - Competencia

Será competente para conocer del hábeas corpus cualquier juez letrado, sin distinción de fueros o instancias, del lugar en que se haya efectuado o esté por efectuarse la detención; pero cuando se lo ignore o se dude de él, podrá demandarse ante cualquier juez letrado de la Provincia.

Sin embargo cuando la orden que se considera arbitraria emane de una autoridad judicial, el interesado podrá deducir el recurso sólo ante el tribunal superior de aquélla, dentro del término que tenga para apelar y renunciando a este derecho.

(Concs. Art. 475 CPP Mza.)

Art. 442 - Demanda. Formas.

La demanda podrá ser deducida en forma verbal o escrita, con la mención de los datos imprescindibles, aunque no se conozca el lugar en que se haga efectiva la detención.

(Concs. Art. 476 CPP Mza.)

Art. 443 - Trámite.

Interpuesta la demanda, el juez librará oficio, inmediatamente y en todo caso en el término de una hora contada desde su presentación, a la autoridad que haya ordenado la detención o incomunicación, para que dentro del término de horas que le fije, el cual nunca podrá exceder de doce, presente el detenido e informe de acuerdo con el artículo siguiente.

Cuando el juez prefiera constituirse por si mismo en el lugar de la detención, podrá emitir dicha orden verbalmente, pero de ella se dejará constancia por escrito.

(Concs. Art. 477 CPP Mza.)

Art. 444 - Informe.

En el término fijado, la autoridad requerida presentará al detenido ante el juez o, si no pudiere hacerlo sin peligro para aquel expresará la causa, y le informará:

a) Si la persona a cuyo favor se procede está detenida bajo su poder e incomunicada, o ha dictado contra ella orden de detención, con indicación precisa del lugar, día y hora de la aprehensión, o de la incomunicación, o de la referida orden;

- b) Qué motivos legales le asisten;
- c) Si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en que deberá acompañarla;
- d) Si el detenido hubiere sido puesto a disposición de otra autoridad, a quien, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

(Concs. Art. 478 CPP Mza.)

Art. 445 - Pronunciamiento.

Dentro de las cuarenta y ocho horas a contar desde la deducción del recurso, y sin perjuicio de que practique las diligencias probatorias que estime necesarias, el juez dictará resolución.

Cuando la privación de la libertad haya sido ordenada por autoridad incompetente o la comunicación haya excedido el término constitucional, dispondrá la inmediata libertad del detenido, o que dicha orden no sea cumplida, o que cese la incomunicación.

Cuando el preso haya sido conducido a otra jurisdicción, hará saber al juez de ese lugar la resolución dictada.

Cuando el hábeas corpus tuviere por objeto la protección de la libertad frente a situaciones de desaparición forzada de personas, el Juez deberá establecer las medidas protectoras que sean pertinentes, fijando la autoridad responsable de su cumplimiento y el plazo de ejecución. Si hubiere sospecha fundada de la comisión de un delito, por el hecho de la desaparición, mediante compulsas de las actuaciones promoverá la investigación por el órgano competente.

(Concs. Art. 479 CPP Mza.)

Art. 446 - Actuación de oficio.

Cuando un juez o tribunal competente tenga conocimiento, por prueba suficiente, de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, y pueda temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o sea objeto de perjuicio irreparable antes de ser socorrida con un auto de hábeas corpus, podrá expedirlo a éste de oficio.

(Concs. Art. 480 CPP Mza.)

Art. 447 - Costas.

Las costas del recurso, en el caso de ser otorgado, serán a cargo del culpable de la detención indebida, y del Estado en forma solidaria.

(Concs. Art. 481 CPP Mza.)

Art. 448 - Recurso.

La resolución será apelable con efecto devolutivo dentro de las veinticuatro horas de su notificación, cuando no haga lugar a la demanda.

(Concs. Art. 482 CPP Mza.)

LIBRO CUARTO. RECURSOS

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 449 - Reglas Generales.

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquél pertenecerá a cualquiera de ellas.

(Concs. Art. 443 CPP Cba; Art. 484 CPP Mza. -parcial-; Art. 422 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 450 - Recursos del Ministerio Público.

En los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes.

(Concs. Art. 444 CPP Cba;)

Art. 451 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria cuando le impongan una medida de seguridad; o solamente de las disposiciones que contenga la sentencia sobre la restitución o el resarcimiento de los daños. Los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor, y si fuere menor edad, también por sus padres o tutor aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución.

(Concs. Art. 445 CPP Cba;)

***Art. 452 - Recursos del querellante particular.**

En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses. (Concs. Art. 446 CPP Cba;)

(TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 6)

Art. 453 - Recursos del Actor Civil.

El actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta.

(Concs. Art. 447 CPP Cba;)

Art. 454 - Recursos del Demandado Civil.

El demandado civil podrá recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

(Concs. Art. 448 CPP Cba.)

Art. 455 - Condiciones de Interposición.

Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

(Concs. Art. 449 CPP Cba; Art. 487 CPP Mza. -parcial-)

Art. 456 - Adhesión.

El que tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

(Concs. Art. 450 CPP Cba; Art. 488 CPP Mza. -parcial-; Art. 425 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 457 - Recursos durante el Juicio.

Durante el juicio sólo se podrá deducir reposición, la que será resuelta: en la etapa preliminar, sin trámite; en el debate, sin suspenderlo.

Los demás recursos podrán deducirse solamente junto con la impugnación de la sentencia, siempre que se hubiere hecho expresa reserva inmediatamente después del proveído. Cuando la sentencia sea irrecurrible, también lo será la resolución impugnada.

(Concs. Art. 451 CPP Cba; Art. 489 CPP Mza. -parcial-)

Art. 458 - Efecto Extensivo.

Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al Imputado el recurso del demandado civil, toda vez que éste alegue la inexistencia del hecho, niegue que aquél lo cometió o que constituya delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir.

(Concs. Art. 452 CPP Cba; Art. 485 CPP Mza. -parcial-)

Art. 459 - Efecto Suspensivo.

La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 453 CPP Cba; Art. 429 CPP C.Rica)

Art. 460 - Desistimiento.

El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aún si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior. También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato especial de su representado.

(Concs. Art. 454 CPP Cba; Art. 490 CPP Mza. -parcial-; Art. 430 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 461 - Inadmisibilidad o Rechazo.

El recurso no será concedido por el Tribunal que dictó la resolución impugnada, cuando ésta fuere irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el Tribunal de Alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

(Concs. Art. 455 CPP Cba.; Art. 491 CPP Mza. -parcial-)

Art. 462 - Competencia del Tribunal de Alzada.

El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados.

(Concs. Art. 456 CPP Cba.; Art. 492 CPP Mza. -parcial-; Art. 431 CPP C.Rica)

TÍTULO II. REPOSICIÓN

Art. 463 - Objeto.

El recurso de reposición procederá contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que quien resolvió lo revoque o modifique por contrario imperio.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.; Art. 493 CPP Mza.; Art. 434 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 464 - Trámite.

Este recurso se interpondrá dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente. El Juez lo resolverá por auto en el término de cinco días, previa vista a los interesados.

(Concs. Art. 458 CPP Cba.; Art. 494 CPP Mza.; Art. 435 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 465 - Efectos.

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y éste fuere procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo sólo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto.

(Concs. Art. 459 CPP Cba.; Art. 495 CPP Mza.; Art. 436 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. APELACIÓN

***Art. 466 - Resoluciones Apelables.**

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable.

(Concs. Art. 460 CPP Cba.; Art. 496 CPP Mza.; Art. 437 CPP Costa Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 467 - Interposición y procedimiento.**

Este recurso deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455.

El Juez deberá expedirse sobre la concesión del recurso dentro del término de dos (2) días, notificando a los interesados para que en el plazo de tres (3) días puedan adherir. En las apelaciones se seguirá el procedimiento establecido en el presente Título, salvo que se haya dispuesto uno especial.

Todas las notificaciones se practicarán según el Artículo 177 (Ley N° 8.896).

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 5)

(Concs. Art. 461 CPP. Cba.; Art. 497 CPP. Mza.; Art. 438 CPP. C.Rica -parcial)

***Art. 468 - Emplazamiento.**

Concedido el recurso, el superior, recibidas las actuaciones fijará audiencia oral, en el término de tres (3) días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 6)

(Concs. Art. 462 CPP Cba.; Art. 498 CPP Mza.; Art. 439 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 469 - Elevación de Actuaciones.

Cuando se impugnare la sentencia de sobreseimiento, el expediente será elevado inmediatamente después de la última notificación. Si la apelación se produjere en un incidente, se elevarán sus actuaciones. En los demás casos, sólo se remitirán copias de los actos pertinentes. No obstante, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente principal, por un plazo no mayor de cinco días.

(Concs. Art. 463 CPP Cba.; Art. 499 CPP Mza.)

***Art. 470 - Desistimiento.**

Las partes podrán desistir del recurso dentro del término de un día de notificado de la audiencia. (TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 7)

(Concs. Art. 464 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 471 - Incomparecencia a la audiencia.**

La incomparecencia injustificada a la audiencia implicará el desistimiento del recurso.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 8)

(Concs. Art. 465 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 472 - Audiencia.**

El Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 9)

(Concs. Art. 466 CPP Cba.; Art. 501 CPP Mza.; Art. 442 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 473 - Resolución.**

El Tribunal se pronunciará durante la audiencia en forma inmediata y oral. Podrá hacer cuarto intermedio, pero la resolución deberá dictarse el mismo día. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la causa, o la cantidad de imputados o causas apeladas, tornare imposible hacerlo el mismo día, el Tribunal podrá diferir fundadamente el dictado de la resolución dentro del término de tres días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 10)

(Concs. Art. 467 CPP Cba.; Art. 502 CPP Mza.)

TÍTULO IV. CASACIÓN

CAPÍTULO 1. PROCEDENCIA

Art. 474 - Motivos.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.

(Concs. Art. 468 CPP Cba.; Art. 503 CPP Mza.; Art. 443 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 475 - Resoluciones Recurribles.

Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

(Concs. Art. 469 CPP Cba.; Art. 504 CPP Mza.; Art. 444 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 476 - Recursos del Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá impugnar:

- 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
- 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.
- 3) Las sentencias condenatorias.
- 4) Los autos mencionados en el artículo 475,

(Concs. Art. 470 CPP Cba.; Art. 505 CPP Mza.)

Art. 477 - Recursos del Querellante Particular.-

El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 471 CPP Cba.)

Art. 478 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar:

- 1) Las sentencias condenatorias aún en el aspecto civil.
- 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad o lo condene a la reparación de los daños.
- 3) Los autos que denieguen la extinción de la acción o la pena y la conmutación o suspensión de la pena.

(Concs. Art. 472 CPP Cba.)

Art. 479 - Recursos del Actor y del Demandado Civil.

El actor civil podrá impugnar la sentencia de la Cámara del Crimen o del Juez Correccional de acuerdo con el artículo 453. El demandado civil podrá recurrir en casación de acuerdo con el artículo 454 cuando pueda hacerlo el imputado.

(Concs. Art. 473 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. PROCEDIMIENTO

Art. 480 - Interposición.

El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma de letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo.

El recurrente deberá manifestar si informará oralmente.

(Concs. Art. 474 CPP Cba.; Art. 509 CPP Mza.; Art. 445 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 481 - Proveído.

El Tribunal proveerá lo que corresponda, en el término de tres días, de acuerdo con el artículo 461. Cuando el recurso sea concedido, se procederá conforme a los artículos 468 y 469, elevándose el expediente a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 475 CPP Cba.)

Art. 482 - Trámite.

En cuanto al trámite ante la Suprema Corte de Justicia se aplicarán los artículos 461 segunda parte, 470, 471 primera parte y 472, mas el término fijado por el último, será de diez días.

(Concs. Art. 476 CPP Cba.; Art. 510 CPP Mza.)

Art. 483 - Debate.

Cuando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal.

No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Cuando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la deliberación, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384.

(Concs. Art. 477 CPP Cba.; Art. 514 CPP Mza.)

Art. 484 - Deliberación.

Después de la audiencia, los jueces se reunirán a deliberar conforme al artículo 408, y en cuanto fuere aplicable, se observará el 409. Sin embargo, por la importancia de las cuestiones a resolver o por lo avanzado de la hora, la deliberación podrá ser diferida para otra fecha. El Presidente podrá señalar el

tiempo de estudio para cada miembro del Tribunal. La sentencia se dictará dentro de un plazo de veinte días conforme, en lo pertinente, con los artículos 411 y 412, excepto la segunda parte del último.

(Concs. Art. 478 CPP Cba.; Art. 515 CPP Mza.)

Art. 485 - Casación por la Violación de la Ley.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables; pero procederá de acuerdo con el artículo siguiente, aún de oficio, cuando no se hubiera observado el inciso 3 del artículo 411.

(Concs. Art. 479 CPP Cba.; Art. 516 CPP Mza.)

Art. 486 - Anulación Total o Parcial.

En el caso del artículo 474 inciso 2, el Tribunal anulará la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 203 y 204.

(Concs. Art. 480 CPP Cba.; Art. 517 CPP Mza.)

Art. 487 - Rectificación.

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero deberán ser corregidos.

También lo serán los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

(Concs. Art. 481 CPP Cba.; Art. 518 CPP Mza.)

Art. 488 - Libertad del Imputado.

Cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado, la Suprema Corte de Justicia ordenará directamente la libertad.

(Concs. Art. 482 CPP Cba.; Art. 519 CPP Mza.)

TÍTULO V. INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 489 - Procedencia.

El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 475, cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. (Concs. Art. 483 CPP Cba.; Art. 520 CPP Mza.).

Art. 490 - Procedimiento.

Serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia.

(Concs. Art. 484 CPP Cba.; Art. 521 CPP Mza.)

TÍTULO VI. QUEJA

Art. 491 - Procedencia.

Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro Tribunal, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

(Concs. Art. 485 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 492 - Trámite.

La queja se interpondrá por escrito en el término de dos o cuatro días - según que los Tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad - desde que la resolución denegatoria fue notificada. Cuando sea necesario, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente, que devolverá sin tardanza.

(Concs. Art. 486 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 493 - Resolución.

El Tribunal se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente.

(Concs. Art. 487 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 494 - Efectos.

Si la queja fuere desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al Tribunal de origen. En caso contrario se concederá el recurso y se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda.

(Concs. Art. 488 CPP Cba.; Art. 524 CPP Mza.)

TÍTULO VII. REVISIÓN

Art. 495 - Motivos.

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme:

- 1) Si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2) Cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3) Si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4) Cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5) Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso.
- 6) Si el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado.

(Concs. Art. 489 CPP Cba.; Art. 525 CPP Mza.)

Art. 496 - Límite.

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en el inciso 4, última parte, o en el inciso 5 del artículo anterior.

(Concs. Art. 490 CPP Cba.; Art. 526 CPP Mza.)

Art. 497 - Quienes podrán deducirlo.

Podrán deducir el recurso de revisión:

1) El condenado; si fuere incapaz, sus representantes legales; si hubiera fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

2) El Ministerio Público.

(Concs. Art. 491 CPP Cba.)

Art. 498 - Interposición.

El recurso de revisión será interpuesto personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. En los casos que prevén los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 495, bajo la misma sanción, se acompañará copia de la sentencia pertinente, pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el recurrente deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate.

(Concs. Art. 492 CPP Cba.; Art. 528 CPP Mza.)

Art. 499 - Procedimiento.

En el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables. El Tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que crea útiles, y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

(Concs. Art. 493 CPP Cba.; Art. 529 CPP Mza.)

Art. 500 - Efecto Suspensivo.

Durante la tramitación del recurso, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella.

(Concs. Art. 494 CPP Cba.; Art. 530 CPP Mza.)

Art. 501 - Sentencia.

Al pronunciarse en el recurso, la Suprema Corte de Justicia podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva.

(Concs. Art. 495 CPP Cba.; Art. 531 CPP Mza.)

Art. 502 - Nuevo Juicio.

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

(Concs. Art. 496 CPP Cba.; Art. 532 CPP Mza.)

Art. 503 - Efectos Civiles.

Si la sentencia fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización; de esta última, sólo cuando haya sido citado el actor civil.

(Concs. Art. 497 CPP Cba.; Art. 533 CPP Mza.)

Art. 504 - Reparación.

La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos.

(Concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.)

Art. 505 - Revisión Desestimada.

El rechazo de un recurso de revisión no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos.

Las costas de un recurso desechado serán siempre a cargo de la parte que lo interponga.

(Concs. Art. 499 CPP Cba.; Art. 535 CPP Mza.)

LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 506 - Juez de Ejecución.

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratara de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores:

- 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad.
- 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional.
- 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil.
- 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad.
- 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna.
- 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria.

(Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.).

Art. 507 - Competencia y Legislación aplicable.

Para la ejecución de la pena se aplicarán específicamente, las normas contenidas en la ley Nº 24660, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza por la Ley Nº 6513, en lo que resulta materia de legislación local, su Decreto Reglamentario, o las que los reemplacen. Las resoluciones del Juez de Ejecución penal serán apelables por ante el Tribunal que dictó la sentencia.

(Concs. Art. 500 CPP Cba. -parcial-; Ley Nº 6513; Ley Nº 24.660)

Art. 508 - Delegación.

El Juez de Ejecución a los fines del cumplimiento de sus funciones podrá comisionar a un funcionario judicial para que practique alguna diligencia necesaria.

(Concs. Art. 501 CPP Cba.)

***Art. 509 - Incidente de Ejecución.**

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia.

(Concs. Art. 502 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8971, ART. 32)

Art. 510 - Sentencia Absolutoria.

Cuando la sentencia sea absolutoria, el Juez o Tribunal que la dictó dispondrá inmediatamente la libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas, aunque aquella fuere recurrible.

(Concs. Art. 503 CPP Cba.-parcial-)

TÍTULO II. EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS

***Art. 511 - Cómputos.**

El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 1)

(Concs. Art. 504 CPP Cba.)

***Art. 511 bis-**

Podrá interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de los recursos y autos emitidos por el Juez de Ejecución, relativo a la imposición de sanciones, otorgamiento de salidas transitorias, traslados de jurisdicción, denegatoria de libertad asistida, medidas alternativas a la detención, prisión discontinua o régimen de semidetención y toda otra resolución que implique una alteración sustantiva de la pena.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 7370, ART. 2)

***Art. 512 - Pena privativa de la libertad.**

Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia,

estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 7)

Art. 513 - Suspensión.

La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará de inmediato.

(Concs. Art. 506 CPP Cba.)

Art. 514 - Enfermos.

Si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, el condenado sufre enfermedad que no pudiese ser atendida en la cárcel, el Juez de Ejecución dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que ésto importare grave peligro de fuga.

(Concs. Art. 507 CPP Cba.-parcial-)

Art. 515 - Inhabilitación Accesorio.

Cuando la pena privativa de la libertad importe la accesoria que establece el artículo 12 del Código Penal, el Juez o Tribunal de Sentencia ordenará las inscripciones y anotaciones que correspondan.

(Concs. Art. 508 CPP Cba.-parcial-)

Art. 516 - Inhabilitación Absoluta.

La parte resolutive de la sentencia que condene a inhabilitación absoluta se hará publicar en el Boletín Oficial, y se cursarán las comunicaciones a la Junta Electoral y a las Reparticiones o Poderes que correspondan, según el caso.

(Concs. Art. 509 CPP Cba.)

Art. 517 - Inhabilitación Especial.

Cuando la sentencia imponga inhabilitación especial, se harán las comunicaciones pertinentes.

(Concs. Art. 510 CPP Cba.)

Artículo 518.- Pena de multa.

La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quede firme. Vencido este término, el Juez o Tribunal de Sentencia procederá con arreglo a los artículos 21° y 22° del Código Penal. La sentencia se ejecutará a iniciativa del Ministerio Público, por el procedimiento que a ese fin establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

En el caso que el Juez o tribunal de sentencia disponga el pago de la multa en forma fraccionada, en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.401, fijarán el monto y la fecha de los pagos. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, se producirá el vencimiento de pleno derecho de la obligación respectiva a la fecha en que quede firme la sentencia" (Ley 9237 -11-08-20)

Art. 519 - Prisión Domiciliaria.

La prisión domiciliaria, se cumplirá bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria provincial, a la que se impartirán las órdenes necesarias. Del mismo modo se procederá en el caso del artículo 298. Si el detenido quebrantare la medida, el Juez ordenará su captura para su cumplimiento en el establecimiento que corresponda. Rige también para el presente artículo la excepción prevista en el Art. 298, bajo las mismas modalidades y requisitos.

(Concs. Art. 512 CPP Cba.)

Art. 520 - Revocación de Condena Condicional.

La revocación de la condena de ejecución condicional será dispuesta por el Juez o Tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas; en este caso, podrá ordenarla el que determine la pena única.

(Concs. Art. 513 CPP Cba.)

Art. 521 - Modificación de la Pena Impuesta.

Cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna o en virtud de otra razón legal, el Juez o Tribunal de Sentencia aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público. El incidente se tramitará conforme al artículo 509 aunque la cuestión fuere provocada de oficio.

(Concs. Art. 514 CPP Cba.-parcial-)

CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 522 - Solicitud.

La solicitud de libertad condicional podrá ser formulada por el condenado o por su defensor. Está será tramitada por intermedio del organismo administrativo competente a los efectos de la confección de los informes exigidos por el Art. 28 de la Ley N° 24660.

(Concs. Art. 515 CPP Cba.)

Art. 523 - Cómputo y Antecedentes.

Presentada la instancia, el Juez de Ejecución requerirá informe del Secretario sobre el tiempo de condena cumplido por el solicitante y sus antecedentes. En caso necesario se librará oficio al Registro Nacional de Reincidencia y los exhortos pertinentes.

(Concs. Art. 516 CPP Cba.)

Art. 524 - Informe y Dictamen.

La solicitud de libertad condicional deberá ser acompañada de un informe sobre el tiempo cumplido de condena y lo previsto por el artículo 13 de Código Penal, y del dictamen sobre la calificación de concepto (artículo 101, Ley Penitenciaria Nacional), producido por el organismo administrativo competente. En caso de omisión de estos recaudos, el Juez deberá requerirlos antes de resolver respecto a la solicitud. A tal efecto fijará un plazo de hasta cinco días.

(Concs. Art. 517 CPP Cba.)

***Art. 525 - Procedimiento.**

En cuanto al trámite, resolución y recursos se procederá de conformidad al Artículo 509. Cuando la Libertad Condicional fuere acordada, en el auto se fijarán las condiciones que establece el Art. 13 del Código Penal y el liberado deberá prometer que las cumplirá fielmente, en el acto de la notificación. El Secretario le entregará una copia de la resolución, la que deberá conservar y presentar a la autoridad encargada de vigilarlo, toda vez que le sea requerida. En todos los casos de denegación o la revocación de la libertad condicional corresponderá recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 3)

(Concs. Art. 518 CPP Cba.)

Art. 526 - Supervisión. Patronato.

La supervisión del liberado condicional se implementará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24660. A dicho organismo se le comunicará la libertad otorgada y en su caso, la denegatoria, remitiéndole copia del auto respectivo.

(Concs. Art. 519 CPP Cba.-parcial-)

Art. 527 - Incumplimiento.

La revocatoria de la libertad condicional podrá efectuarse de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del Patronato. En todo caso, el libertado será oído y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescrita por el artículo 509. Si el Juez lo estimare necesario, el liberado será detenido preventivamente hasta que se resuelva la incidencia.

(Concs. Art. 520 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y TUTELARES

Art. 528 - Vigilancia.

La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez o Tribunal de Sentencia, cuyas decisiones serán obedecidas por las autoridades del establecimiento en que la misma se cumpla.

(Concs. Art. 521 CPP Cba.)

Art. 529 - Instrucciones.

Cuando disponga la ejecución de una medida de seguridad, el Juez o Tribunal impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, incluso a requerimiento de la autoridad administrativa. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.

(Concs. Art. 522 CPP Cba.)

Art. 530 - Internación de Anormales.

El Juez ordenará especialmente la observación psiquiátrica del sujeto, cuando disponga la aplicación de la medida que prevé el artículo 34 inciso 1º del Código Penal.

(Concs. Art. 523 CPP Cba.)

Art. 531 - Colocación de Menores.

Cuando se hubiere dispuesto la colocación privada de un menor, el encargado de su cuidado o la autoridad del establecimiento en que se encuentre, tendrá la obligación de facilitar la vigilancia dispuesta por la ley 6354.

(Concs. Art. 524 CPP Cba.)

Art. 532 - Cesación.

Para ordenar la cesación de una medida de seguridad o tutelar, el Juez o Tribunal deberá oír al Ministerio Público, al interesado, o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela, y en su caso, conforme a lo dispuesto por la ley 6354. Además, en los casos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, deberá requerirse el informe técnico oficial del establecimiento en que la medida se cumpla y el dictamen por lo menos, de dos peritos.

(Concs. Art. 525 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. RESTITUCIÓN Y REHABILITACIÓN

Art. 533 - Solicitud y Competencia.

Cuando se cumplan las condiciones prescritas por el artículo 20 ter del Código Penal, el condenado a inhabilitación absoluta o relativa podrá solicitar al Tribunal que la ejecutó, personalmente o mediante un abogado defensor, que se lo restituya en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, o su rehabilitación. Con el escrito deberá presentar copia auténtica de la sentencia respectiva y ofrecer una prueba de dichas condiciones, bajo pena de inadmisibilidad.

(Concs. Art. 526 CPP Cba.)

Art. 534 - Prueba e Instrucción.

Además de ordenar la inmediata recepción de la prueba ofrecida, el Tribunal podrá ordenar la instrucción que estime oportuna. A tales fines podrá actuar un integrante de la Cámara, librarse las comunicaciones necesarias o encomendarse información a la Policía Judicial.

(Concs. Art. 527 CPP Cba.)

Art. 535 - Vista y Decisión.

Practicada la investigación y previa vista al Ministerio Público y al interesado, el Tribunal resolverá por auto. Contra éste sólo procederá el recurso de casación.

(Concs. Art. 528 CPP Cba.)

Art. 536 - Efectos.

Si la restitución de la rehabilitación fuere concedida, se harán las anotaciones y comunicaciones necesarias para dejar sin efecto la sanción.

(Concs. Art. 529 CPP Cba.)

TÍTULO III. EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENAS PECUNIARIAS

Art. 537 - Competencia.

La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños, o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda con arreglo al Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 530 CPP Cba.; Art. 561 CPP Mza.; Art. 464 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 538 - Sanciones Disciplinarias.

El Ministerio Público ejecutará las penas pecuniarias de carácter disciplinario, a favor del Fisco, en la forma establecida por el artículo anterior.

(Concs. Art. 531 CPP Cba.; Art. 562 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. GARANTÍAS

Art. 539 - Embargo o Inhibición de Oficio.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, las costas y la indemnización civil.

Si el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, se podrá disponer la inhibición.

(Concs. Art. 532 CPP Cba.; Art. 563 CPP Mza.)

Art. 540 - Embargo a Pedido de Parte.

El actor civil podrá pedir el embargo de bienes del imputado y del demandado civil, a fin de garantizar el pago de la indemnización que pudiera ordenarse.

(Concs. Art. 533 CPP Cba.; Art. 564 CPP Mza.)

Art. 541 - Otras Medidas Cautelares.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal o del actor civil, podrá ordenar cualquier otra medida cautelar.

(Concs. Art. 534 CPP Cba.)

Art. 542 - Remisión.

Serán de aplicación las normas del Código Procesal Civil, en todo lo referente a embargos y otras medidas cautelares, salvo lo dispuesto en este Capítulo.

(Concs. Art. 535 CPP Cba.)

Art. 543 - Depósito.

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el Tribunal designará depositario, quien los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito; en ella se hará constar que se le hizo saber la responsabilidad que contrae.

Los fondos públicos, los títulos de crédito, el dinero y las alhajas se depositarán en un Banco Oficial.

(Concs. Art. 536 CPP Cba.; Art. 567 CPP Mza.)

Art. 544 - Administración.

Si la naturaleza de los bienes embargados lo hiciere necesario se dispondrá la forma de su administración y la intervención que en ella tendrá el embargado.

Podrá nombrarse interventor o administrador.

(Concs. Art. 537 CPP Cba.; Art. 568 CPP Mza.)

Art. 545 - Honorarios.

El depositario, el interventor y el administrador tendrán derecho a cobrar honorarios, que regulará el Tribunal.

(Concs. Art. 538 CPP Cba.; Art. 569 CPP Mza.)

Art. 546 - Variación del Embargo.

Durante el curso de proceso el embargo podrá ser levantado, reducido o ampliado.

(Concs. Art. 539 CPP Cba.; Art. 570 CPP Mza.)

Art. 547 - Actuaciones.

Las diligencias sobre embargos y fianzas se tramitarán por cuerda separada.

(Concs. Art. 540 CPP Cba.; Art. 571 CPP Mza.)

Art. 548 - Tercerías.

Las tercerías serán sustanciadas en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 541 CPP Cba.; Art. 572 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. RESTITUCIÓN Y OBJETOS SECUESTRADOS

Art. 549 - Objetos Confiscados.

Cuando la sentencia importe confiscación de algún objeto, a éste se le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

(Concs. Art. 542 CPP Cba.)

Art. 550 - Cosas Secuestradas. Restitución y Retención.

Las cosas secuestradas que no estuvieren sujetas a confiscación, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

(Concs. Art. 543 CPP Cba.; Art. 466 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 551 - Controversia.

Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 544 CPP Cba.; Art. 467 CPP C.Rica)

Art. 552 - Objetos no Reclamados.

Cuando después de un año de concluido el proceso, nadie acreditare tener derecho a la restitución de cosas que no se secuestraron en poder de persona determinada, se procederá en la forma establecida en la Ley vigente que rija la materia.

(Concs. Art. 545 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA DECLARATIVA DE FALSEDAD

Art. 553 - Rectificación.

Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado.

(Concs. Art. 546 CPP Cba.)

Art. 554 - Documento Archivado.

Si el instrumento hubiera sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.)

Art. 555 - Documento Protocolizado.

Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo.

(Concs. Art. 548 CPP Cba.)

TÍTULO IV. COSTAS

Art. 556 - Anticipación.

En todo proceso, el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gozaren del beneficio de pobreza.

(Concs. Art. 549 CPP Cba.; Art. 265 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 557 - Resolución Necesaria.

Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden.

(Concs. Art. 550 CPP Cba.; Art. 266 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 558 - Imposición.

Las costas serán a cargo del condenado, pero el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar. En materia civil, las costas se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 551 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 559 - Personas Exentas.

Los representantes del Ministerio Público, los abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria en que incurran.

(Concs. Art. 552 CPP Cba.; Art. 268 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 560 - Contenido.

Las costas consistirán en el pago de los impuestos que correspondan, de los honorarios devengados en el proceso y de los otros gastos que se hubieran originado durante su tramitación.

(Concs. Art. 553 CPP Cba.; Art. 269 CPP Costa Rica -parcial-)

***Art. 561 - Distribución de Costas.**

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el Tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil. Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el artículo 29 y lo establecido en el Libro Primero, Título V, Capítulo 2 del presente Código. Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.

(Concs. Art. 554 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 562 - Vigencia.

Esta ley empezará a regir a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 565, lo que entrará en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados.

***Art. 562 bis- Facultades transitorias del Juez de Instrucción.-**

Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el Art. 29 y lo establecido en el Libro I, Título V, Capítulo 2, del presente Código.- Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.- (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 562 ter- Interpretaciones.**

A los fines interpretativos de todas las disposiciones existentes y las que entrarán en vigencia de la Ley 6.730 (T.O. Ley 7.007), en razón de la convergencia de las disposiciones que se van a producir, referidas unas a la instrucción formal (procedimiento mixto) y a otras, de la investigación penal preparatoria (procedimiento acusatorio), establézcanse las siguientes equivalencias terminológicas generales y específicamente las que de inmediato se determinan: A) En los artículos 388 y 400, dónde dice «Fiscal de Instrucción», se entenderá también «Juez de Instrucción»; B) En el artículo 394, normas de investigación penal preparatoria o instrucción formal indistintamente; C) En el artículo 410, se agrega luego de «Si el

tribunal estimare durante la deliberación absolutamente necesario, ampliar las pruebas incorporadas», la expresión «con el consentimiento de las partes. (TEXTO INCORPORADO LEY 7116, ART. 9)

Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código.

***Art. 564 - DEROGADO POR LEY 8929, ART. 17.**

***Art. 565 - Procesos pendientes.**

*1) Las causas ya distribuidas con motivo de la vigencia de la Ley 6.730 y las propias, que continúen con el procedimiento de la Ley 1.908, seguirán sustanciándose en los Juzgados en que se encuentren, hasta llegar a las resoluciones definitivas.

(TEXTO MODIFICADO SEGUN LEY 7933, ART. 1) 2) Los procesos que estuvieren radicados en las Fiscalías de Instrucción continuarán, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, cuando ésta entre en su plena vigencia.

3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las Cámaras del Crimen, continuarán tramitándose ante ellas.

4) Las causas que estuvieren tramitando en las Fiscalías Correccionales continuarán sustanciándose en éstas hasta su conclusión.

(Concs. Art. 556 CPP Cba.)

Art. 566 - Validez de los Actos Anteriores.

Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservarán plena validez.

(Concs. Art. 557 CPP Cba.)

Art. 567 - Derogaciones

Derogánse las leyes, decretos-leyes; decretos o reglamentos que se opongán a lo normado por el presente Código.

Art. 568 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES

<http://www.saij.gob.ar/9106-local-mendoza-establecen-juicio-jurados-populares-lpm0009106-2018-10-16/123456789-0abc-defg-601-9000mvoorpyel?>

MENDOZA, 16 de Octubre de 2018

Boletín Oficial, 19 de Octubre de 2018

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

CAPÍTULO I

Artículo 1º- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer el Juicio por Jurados Populares en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Nacional (**ARTÍCULO 24.-** El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.)

Artículo 2º- Competencia. Modificado por Ley 9387

Los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los Artículos 80, 124, 165 y 79 en función del Artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

Cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que se sorteen jurados de una circunscripción judicial de la Provincia distinta a aquella en que ocurrió el hecho delictivo. Esta prórroga de la jurisdicción, es independiente del lugar físico donde se realice el debate, el que será decidido por el Juez en audiencia y previo a escuchar la opinión de las partes."

[Modificaciones] VER. Ley 9387:

Artículo 3º- Dirección del proceso.

Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena.

En la misma oportunidad la OGAP fijará la audiencia preliminar prevista en el Capítulo Primero "Actos preliminares" del Título I "Juicio Común" del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en cuanto le sea aplicable.

Es inadmisibles la acción civil en el procedimiento de Juicios por Jurados Populares y la aplicación de los Principios de Oportunidad.

No es aplicable el artículo 46 del Código Procesal Penal.

Artículo 4º- Carga pública.

La función de jurado constituye una carga pública de los ciudadanos. Para a ser miembro de un jurado popular se deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. Tener una residencia permanente no inferior a cuatro (4) años en el territorio provincial y de dos (2) años en el territorio de la jurisdicción del Tribunal Colegiado competente.
- b) Tener entre 18 y 75 años de edad.
- c) Comprender el idioma nacional, saber leer y escribir.
- d) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;

Art. 5º- No podrán ser miembros del Jurado:

- a) El Gobernador, el Vicegobernador y los Intendentes.
- b) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, los funcionarios con rango equivalente o superior a Director de los Municipios o Entes Públicos Autárquicos o Descentralizados. El Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno, Contador y Tesorero de la Provincia y otros funcionarios de igual rango; el Presidente y los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia.
- c) Los integrantes de los órganos legislativos en el orden nacional, provincial o municipal.
- d) Los Magistrados, funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provincial, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y Pujilar y Procurador Penitenciario.
- e) Los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal y los peritos inscriptos.
- f) Los integrantes, en servicio activo o retirados, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario.
- g) Los Ministros de un culto.
- h) Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral.
- i) Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario.
- j) Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa;
- k) Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite.
- l) Las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados.
- m) Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.
- n) Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función.
- ñ) Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 6º- Integración.

El Jurado Popular se integrará con doce (12) miembros titulares y cuatro (4) suplentes.

La composición del Jurado Popular debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del género masculino. El género de los candidatos será determinado por su Documento Nacional de Identidad.

Artículo 7º- Lista de jurados.

La Junta Electoral de la Provincia deberá elaborar anualmente el listado principal de los ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 4° y que no tengan las incompatibilidades e inhabilidades previstas en el artículo 5º, discriminados por circunscripción judicial y por sexo.

Artículo 8º- Exhibición de registros y observaciones.

La Junta Electoral de la Provincia deberá publicar el listado principal de Jurados en la página Web del Poder Judicial. Las observaciones al mismo por errores materiales, incumplimiento de alguno de los requisitos legales por parte de los ciudadanos incorporados en la nómina o por la omisión de incluir a quienes se encuentren en condiciones de ser incorporados, pueden ser presentadas, por cualquier ciudadano ante la Junta Electoral de la Provincia dentro de los diez (10) días contados a partir de la última publicación en el Boletín Oficial, quien deberá resolver en el término de diez (10) días sobre la inclusión o exclusión en el listado principal de Jurados.

Vigencia: El listado principal de Jurados tendrá una vigencia anual contado a partir de su publicación en la página Web del Poder Judicial.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES

Artículo 9º- Sorteo.

Dentro de los quince (15) días hábiles previos al inicio del debate el Juez procederá en audiencia, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, al sorteo de cuarenta y ocho (48) ciudadanos, de entre el listado principal de Jurados. El sorteo deberá respetar la composición equivalente a la establecida en el artículo 6º de la presente Ley.

En la misma audiencia, inmediatamente después del sorteo y en el mismo acto, la OGAP fijará una nueva audiencia a celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles de la fecha estipulada para el inicio del debate, para tratar las recusaciones y excusaciones, quedando notificadas las partes en dicho acto.

La notificación que realice la OGAP a los ciudadanos que hayan resultado sorteados, respecto de la convocatoria a la nueva audiencia, deberá contener la fecha, hora y lugar exacto del inicio del juicio oral y público, la transcripción de las normas relativas a los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de la función, las causales de excusación y las sanciones previstas para el caso de inasistencia o falseamiento de la verdad.

El Fiscal, los abogados de las partes y el personal judicial deberán guardar secreto sobre la identidad de los ciudadanos sorteados para integrar el Jurado.

Artículo 10- Audiencia de selección del Jurado.

El día fijado para la audiencia de selección de los integrantes del Jurado, el Juez, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, deberá verificar los datos personales de los cuarenta y ocho (48) sorteados, el cumplimiento de los requisitos del artículo 4°, la inexistencia de incompatibilidades e inhabilidades contempladas en el artículo 5°, debiendo indagar sobre los inconvenientes prácticos que eventualmente pudieren tener para cumplir su función de Jurado.

Asimismo, el Juez deberá informar a los integrantes del Jurado sobre la naturaleza de la función que les ha sido asignada, quiénes son las personas interesadas a los fines de la excusación, los deberes y

responsabilidades que dicha función implica y las penalidades previstas para los delitos vinculados con tal desempeño.

Art. 11- Excusaciones y recusaciones.

Las excusaciones y recusaciones que correspondan al Jurado se registrarán por el Código Procesal Penal de la Provincia cuando le sean aplicables y por las específicas de esta Ley.

Artículo 12- Excusación.

Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez. La excusación debe plantearse hasta la audiencia de selección de Jurado, salvo que se produzca con posterioridad una nueva causal. En este último caso, puede formularse hasta antes del inicio del debate. El Juez debe resolver sobre la admisión o denegatoria de la excusación en el mismo acto.

Artículo 13- Recusación con causa.

Con posterioridad al planteo de excusaciones, en la misma audiencia, las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto. Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados. Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes.

Si se toma conocimiento de una causal de recusación con posterioridad al inicio del debate y hasta la emisión del veredicto, debe plantearse inmediatamente. Acto seguido, se suspende el curso del debate hasta que el Juez resuelva la cuestión luego de escuchar brevemente las manifestaciones de los interesados. Si se hace lugar a la recusación, el Jurado es reemplazado por el suplente que siga en orden de turno y si hubiera ocultado maliciosamente en el interrogatorio preliminar la causal de recusación que motivó su apartamiento, se deben remitir testimonios al Fiscal competente para que se investigue el hecho.

Artículo 14- Recusación sin causa.

La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. A fin de analizar la recusación sin causa de los Jurados, las partes pueden interrogar a los candidatos a Jurados sobre sus circunstancias personales, el conocimiento que tengan del hecho, de los imputados y de las víctimas. Los integrantes de la lista prestarán juramento de decir la verdad y tendrán las mismas obligaciones que los testigos. Estos trámites

se realizan ante el Juez. Cuando un Jurado fuere recusado sin causa deberá ser excluido y no podrá actuar en el Juicio.

Art. 15. Sorteo. Modificado por Ley 9387

Resueltas las excusaciones y/o recusaciones y depurada la lista, se procederá al sorteo público de los doce (12) Jurados titulares y de los cuatro (4) suplentes, pudiendo en su caso los demás ser incorporados también como suplentes. Si el Jurado sorteado fuera apartado se debe designar sucesivamente a los restantes de la lista, según el orden del sorteo. Finalmente, se advertirá a los seleccionados de la importancia y deberes de sus cargos, que desde ese momento no deberán emitir criterios sobre la causa ni tomar contacto con las partes y se les comunicará en ese acto que quedan afectados al Juicio."

Artículo 16- Aspectos prácticos.

Una vez finalizada la audiencia de selección de los Jurados, se debe notificar a cada Jurado sobre el régimen de remuneraciones previsto en la normativa y se debe disponer las medidas necesarias para comunicar a sus respectivos empleadores sobre su condición de tales y las previsiones legales al respecto. En caso de resultar integrantes del Jurado personas con discapacidad, el Juez debe arbitrar todas las medidas necesarias para facilitar su participación en igualdad de condiciones.

Artículo 17- Deber de informar y de reserva.

Los Jurados deben comunicar al Juez los cambios de domicilio y cualquier circunstancia sobreviniente que los inhabilite para integrar el Jurado o que constituya una causal de excusación o de incompatibilidad de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. El ciudadano que hubiera participado de la audiencia de selección de Jurados contemplada en el artículo 10 y que resulte excluido de la conformación definitiva del jurado, debe guardar reserva y no puede dar a conocer la identidad de los otros convocados.

Artículo 18- Retribución y gastos.

Las personas que se desempeñen como Jurado deberán ser retribuidos por el Estado Provincial de la siguiente manera: 1) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador. En este último supuesto se establecerá compensación económica al empleador. Los empleadores deben conservar a sus dependientes en sus cargos mientras estén en actividad como integrantes del Jurado y mantener sus privilegios laborales como si hubieran prestado servicios durante ese lapso. 2) En caso de trabajadores independientes, desempleados o que no trabajan podrán ser retribuidos a su pedido.

En el caso de corresponder, los gastos de transporte y manutención diaria deben ser resarcidos inmediatamente de acuerdo con los valores y procedimientos que se fijen. Cuando corresponda el Juez debe arbitrar las medidas necesarias para disponer el alojamiento de los miembros del Jurado a cargo del erario público.

Artículo 19- Previsión presupuestaria y administración de los recursos.

El Poder Ejecutivo Provincial debe establecer por vía reglamentaria el alcance de lo que debe ser abonado en concepto de retribución y viáticos. El proyecto de Ley de Presupuesto Provincial que anualmente remita el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial, debe prever dentro de la Jurisdicción correspondiente al Poder Judicial, los recursos para hacer frente a los gastos derivados de la vigencia de esta Ley.

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE

Artículo 20- Inicio.

Constituido el Juez el día y hora indicado, los Jurados titulares y los suplentes convocados se incorporarán en la oportunidad prevista para el juicio, prestando juramento solemne ante el Juez. Los Jurados se pondrán de pie y el Juez pronunciará la siguiente fórmula: "¿Prometéis en vuestra calidad de Jurados, en nombre del Pueblo, a examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia de Mendoza y las Leyes vigentes?", a lo cual se responderá con un "Sí, prometo". Realizada la promesa el Juez declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder. Los Jurados suplentes deberán estar presentes en todo el desarrollo del debate hasta el momento en que el Jurado titular se retire para las deliberaciones.

Artículo 21- Incomunicación.

Si las circunstancias del caso lo requirieran, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede fundadamente disponer que los integrantes titulares del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros, debiendo disponer el alojamiento en lugares adecuados y los viáticos correspondientes.

Artículo 22- Inmunidades.

A partir del juramento, ningún Jurado titular o suplente puede ser molestado en el desempeño de su función, ni privado de su libertad, salvo el caso de flagrante delito o cuando exista orden emanada de Magistrado competente. Ante estos últimos supuestos, se debe proceder conforme lo previsto para el caso de recusación con causa.

Artículo 23- Facultades del Juez.

El debate deberá ser dirigido por el Juez, quien debe ejercer todas las facultades de dirección, policía y disciplina. El Juez no puede ordenar la producción o incorporación de prueba que no fuera ofrecida o solicitada por las partes, ni interrogar al acusado, a los testigos, peritos e intérpretes.

Artículo 24- Reglas para el debate.

Se aplicarán en el debate público con Jurados las reglas establecidas en la presente Ley y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Procesal Penal. Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción. Los intervinientes se dispondrán del siguiente modo en la sala de audiencia: el Juez se ubicará en el estrado del centro; quienes depongan se sentarán al costado del Juez y de cara al público; el Jurado se ubicará en el mismo costado de los que depongan de modo que puedan ver y escuchar claramente a quienes deberán deponer; las partes se ubicarán de espaldas al público y de frente al Juez. Toda vez que las partes deseen acercarse al estrado durante el interrogatorio deberán pedir autorización al Juez. Las audiencias de debate se realizarán con estricta continuidad, en jornada completa y en días consecutivos, inclusive en los que fueran inhábiles. Asimismo se deberán evitar cualquier tipo de demora o dilación.

Artículo 25- Alegatos de apertura.

Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Artículo 26- Examen de testigos y peritos. Objeciones.

Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo.

Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte.

El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.

"Artículo 27º- Excepciones a la oralidad. Modificado por Ley 9387

Sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción. La lectura o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Las declaraciones previas de los testigos fallecidos, sólo podrán ser introducidas al debate mediante declaración del funcionario que la tomó. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al acusado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización del Juez. Solo deben valorarse los dichos vertidos en la audiencia."

Artículo 28- Prohibición.

Los integrantes del Jurado no pueden conocer las constancias recogidas fuera de la audiencia, excepto las mencionadas en el artículo 27 que el Juez autorice incorporar al debate, ni interrogar a los imputados, los testigos, peritos o intérpretes.

Artículo 29- Actuaciones fuera de la sala de audiencias.

Si fuera necesaria la realización de actos fuera de la sala de audiencias, se deben arbitrar los medios para la concurrencia de los Jurados. Si por la naturaleza del acto esto no es posible, se debe proceder a la filmación de la totalidad de lo ocurrido con el fin de su posterior exhibición a los jurados en la sala de audiencias al continuarse con el debate oral y público.

Artículo 30- Nulidad del debate.

La violación a cualquiera de las reglas previstas en los artículos 25, 27 y 28, provocará la nulidad del debate.

Artículo 31- Conclusiones.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes deben presentar oralmente sus conclusiones frente al Jurado Popular, proponiendo su veredicto. El representante del Ministerio Público Fiscal, los otros acusadores y el defensor del imputado, pueden replicar al sólo efecto de refutar argumentos adversos a su postura que antes no hubieran sido discutidos. La última palabra siempre le corresponde al defensor del imputado.

CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"Artículo 32º- Instrucciones para la deliberación y el veredicto. Modificado por Ley 9387

El Juez, una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara. Previamente, debe invitar a los Jurados a retirarse de la sala y debe celebrar una audiencia que será registrada en forma audiovisual, bajo pena de nulidad, con los letrados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones. Tras ello, debe decidir en forma definitiva cuáles serán las instrucciones a impartir a los Jurados. Sin perjuicio de la videoregistración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo. Los letrados pueden anticipar sus propuestas de instrucción presentándolas por escrito, entregando copia al Juez y los letrados de las demás partes."

"Artículo 33º- Lectura de las instrucciones. Deliberación y veredicto. Modificado por Ley 9387

Una vez finalizada la audiencia prevista en el Artículo 32, el Juez debe hacer ingresar al Jurado a la sala de debate y le debe impartir las instrucciones, acompañándose asimismo una copia de ellas por escrito. Inmediatamente después, el jurado pasa a deliberar en sesión secreta y continua, en la que deberán estar sus doce (12) miembros, estando vedado el ingreso a cualquier otra persona, bajo pena de nulidad.

Si durante la deliberación los integrantes del Jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo deben hacer saber al Juez por escrito y se repetirá el procedimiento previsto en el Artículo 32 para su posterior aclaración.

Durante la deliberación los jurados podrán requerir la exhibición de la prueba material y la reproducción de la prueba que consideren necesaria y que se haya rendido durante el debate.

Los Jurados deberán elegir un presidente por simple mayoría de votos, bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación, la que deberá ser secreta.

El veredicto deberá versar, respecto del hecho y en relación a cada acusado, sobre las siguientes cuestiones:

a) ¿Está probado o no el hecho que dio motivo a la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

El Jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito menor comprendido en el hecho penal que se le imputa bajo las instrucciones impartidas por el Juez.

El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero en casos excepcionales, a solicitud del presidente del Colegio de Jurados el Juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso."

Artículo 34-

El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura.

Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado.

Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado.

Artículo 35- Obligación de denunciar presiones para el voto.

Los miembros del Jurado tienen la obligación de denunciar ante el Juez por escrito, sobre cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

Artículo 36- Reserva de opinión.

Los miembros del Jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidándose de que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al Jurado.

Artículo 37- Pronunciamiento del veredicto.

Cuando se haya logrado el veredicto, una vez presente la totalidad del Jurado y todas las partes en la sala de audiencia el Juez preguntará en voz alta al Presidente del Jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo le ordenará que lo lea en voz alta. De acuerdo al veredicto, se debe declarar en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados. Con el pronunciamiento del veredicto finaliza la intervención de los jurados.

"Artículo 38º- Determinación de la pena Modificado por Ley 9387.

a) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que tenga prevista la pena de prisión perpetua, inmediatamente después, el Juez impondrá la pena.

b) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que no tenga prevista la pena de prisión perpetua, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente.

c) El procedimiento descrito en el inciso anterior se aplicará también para los casos en que se haya decidido la no culpabilidad del acusado en razón de su inimputabilidad, y corresponda aplicar medidas de seguridad conforme al Artículo 34 del Código Penal de la Nación.

La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes.

Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena.

En caso de que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.

d) Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno."

Artículo 39- Sentencia.

La sentencia debe ajustarse a las reglas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. Rigen supletoriamente y en la medida en que sean compatibles las causales de nulidad previstas para la sentencia en los procedimientos sin Jurados.

Artículo 40- Pedido de absolución.

Cuando por razones fundadas en el curso del debate, aún antes de la etapa de alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal decide solicitar la absolución, debe cesar de inmediato la función de los jurados y el Juez debe dictar sentencia absolutoria. Si el pedido de absolución no es por todos los hechos investigados o a favor de todos los imputados, se debe plantear al momento de los alegatos y vincula al Juez en la medida requerida.

Artículo 41- Recursos contra el fallo.

Son aplicables las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias o las que impongan medidas de seguridad que prevé el Código Procesal Penal. Sin embargo constituirán motivos específicos para su interposición: a) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros; b) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión; d) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 42- Desobediencia.

Las personas designadas para integrar un Jurado, que se nieguen a comparecer al debate se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Artículo 43- Mal desempeño.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo falten a los deberes y obligaciones previstos en la presente Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 248 del Código Penal

Artículo 44- Violación de secretos.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo violen los deberes de reserva establecidos en esta Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 157 del Código Penal

Artículo 45-

Todas las audiencias previstas en la presente Ley y el debate, deberán ser registradas informáticamente mediante video grabación.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 46- Difusión y capacitación.

El Poder Judicial, debe organizar en toda la Provincia cursos de capacitación para los ciudadanos, a fin de promover el conocimiento y adecuado cumplimiento de la función judicial. La asistencia a dichos cursos no constituye un requisito para ejercer la función de Jurado, pero acredita idoneidad suficiente para cumplirla. La Dirección General de Escuelas, podrá incorporar el conocimiento y capacitación sobre la presente Ley, en sus contenidos curriculares.

Artículo 47- Aplicación supletoria.

Son de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia.

Artículo 48- Reglamentación.

El Poder Ejecutivo debe reglamentar dentro del plazo de seis (6) meses, computados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la implementación del Juicio por Jurados Populares.

Artículo 49-

La presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate.

Artículo 50-

Se conformará una Comisión de Seguimiento, que tendrá por fin analizar y revisar la implementación en la Provincia del Juicio por Jurados y la posibilidad de ampliar la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en la presente.

La misma, se constituirá al año de entrar en vigencia la presente Ley y deberá emitir opinión al respecto dentro de los dos (2) años posteriores a la constitución. La mencionada Comisión, estará compuesta por siete (7) miembros: uno (1) designado por la Suprema Corte de Justicia, uno (1) por el Poder Ejecutivo de

la Provincia, uno (1) por el Ministerio Público Fiscal, uno (1) por el Colegio de Abogados y Procuradores, uno (1) por la Asociación de Magistrados, y dos (2) Legisladores a propuesta de ambas Cámaras.

Artículo 51- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

LAURA G. MONTERO - NESTOR PARES - ANDREA JULIANA LARA - MARIA CAROLINA LETRY

LEY 9099. CÓDIGO DE CONTRAVENCIONES DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERODISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. RÉGIMEN CONTRAVENCIONAL

Artículo 1º- **Ámbito de aplicación.** Este Código se aplica a las contravenciones tipificadas en esta Ley y que sean cometidas en el territorio de la Provincia de Mendoza.

Las disposiciones generales de este Código son aplicables a todas las Leyes especiales que establezcan contravenciones.

Si la misma materia fuera prevista por éste Código, y por una ordenanza municipal, se aplicará la segunda. En caso de duda, se resolverá a favor de la aplicación del Régimen Municipal.

Art. 2º- **Aplicación supletoria.** Serán aplicables en forma supletoria las disposiciones de la parte general del Código Penal de la Nación y del Código Procesal Penal de la Provincia.

Art. 3º- **Ley más benigna.** Si la Ley vigente al tiempo de cometerse la contravención fuere distinta de la que existiere al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la sanción se limitará a la establecida por esa Ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva Ley operarán de pleno derecho.

Art. 4º- **Prohibición de la analogía.** El Juez Contravencional no podrá ampliar por analogía las contravenciones establecidas en la Ley, ni interpretar extensivamente ésta en contra del imputado.

Art. 5º- **Punibilidad.** Para la punibilidad de las contravenciones será suficiente el obrar culposo, en todos los casos en que no se requiera dolo.

Art. 6º- **Participación.** Todos los que intervengan en la comisión de una contravención, sea como autores, cómplices, instigadores o mediante cualquier otra forma de participación quedarán sometidos a la misma sanción, sin perjuicio que la misma se gradúe con arreglo a la respectiva participación y a los antecedentes de cada imputado.

Art. 7º- **No punibilidad.** No serán sancionadas las contravenciones, cuando:

- a) fueren cometidas por personas comprendidas en los supuestos del Artículo 34 del Código Penal;
- b) en los casos de tentativa;
- c) cuando fueren cometidas por menores de edad.

Art. 8º- **Menores de edad.** En los casos que un menor de edad transgrediere las disposiciones de la presente Ley, deberá ser puesto a disposición de la autoridad administrativa correspondiente o del Juez de Familia conforme la legislación vigente en la materia.

Art. 9º- **Responsabilidad de padres y tutores.** El Juez Contravencional realizará una investigación a fin de determinar si hubo intervención o no de menores en el hecho contravencional.

Determinada la participación del menor de edad en el hecho contravencional, mediante auto fundado citará a los padres o tutores quienes serán sancionados con multa desde doscientas (200) U.F. hasta tres

mil (3.000) U.F., salvo que la contravención especifique otro monto o sanción, cuando hubieren incumplido su deber de vigilancia.

En los casos de reiteración contravencional por parte del menor de edad, los progenitores o tutores serán pasibles de hasta el doble de las sanciones que establezca a tal efecto la contravención, pudiendo además aplicar como medida de conducta la terapia familiar.

Art.10- Persona Jurídica. Cuando una contravención fuere cometida en nombre o en beneficio de persona jurídica pública o privada, sociedad o asociación, sin perjuicio de la responsabilidad de sus autores materiales, será aquella pasible de las sanciones que establezca al efecto la contravención.

TÍTULO II Régimen de sanciones. Concurso.

Art. 11- Sanciones. Las sanciones que este Código establece son las siguientes: arresto, multa, trabajo comunitario, decomiso, inhabilitación, clausura, obligaciones de conducta y reparación del daño causado. Finalidad de la sanción. La sanción tiene por fin la adaptación del individuo a las condiciones de la vida en una comunidad jurídicamente organizada, necesarias para la realización individual y social. Para la obtención de esta finalidad, los agentes de aplicación de ésta Ley y el Juez, se esforzarán para que el contraventor tome conciencia de la responsabilidad social que le incumbe como partícipe de la comunidad democrática.

Art. 12- Mínimos y máximos. Los mínimos y máximos de las siguientes sanciones son:

- a) arresto: desde un (1) día hasta noventa (90) días.
- b) multa: desde cien (100) U.F. hasta nueve mil (9.000) U.F.
- c) trabajo comunitario: desde cuatro (4) días hasta ochenta (80) días, a razón de cuatro (4) horas por día.

Art. 13- Arresto. La sanción de arresto no podrá exceder de noventa (90) días y se cumplirá en establecimientos especiales destinados al efecto y no deberá ser en ningún establecimiento carcelario de la Provincia y/o Nación. El lugar de detención de los contraventores deberá ser limpio y digno, para seguridad y no para castigo.

Art. 14- Arresto domiciliario. A criterio del Juez Contravencional podrán cumplir la sanción de arresto en la modalidad de domiciliaria las personas:

- a) enfermas, cuando la privación de la libertad en el establecimiento contravencional les impidiere recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) que padecieren una enfermedad incurable en período terminal;
- c) discapacitadas, cuando la privación de la libertad en el establecimiento contravencional fuere inadecuada por su condición.
- d) mayores de setenta (70) años;
- e) la mujer embarazada o en período de lactancia;
- f) a la madre de un menor, o de una persona con discapacidad a su cargo.

El que quebrantare el arresto domiciliario cumplirá la totalidad de la sanción impuesta en el establecimiento público correspondiente.

Art.15- Diferimiento o suspensión del arresto. Podrá ser diferido el cumplimiento del arresto o suspendida su ejecución ya iniciada, en caso de requerirlo así una razón de humanidad o cuando le acarrearé al contraventor un perjuicio grave y excepcional. Cesada la causal que motivó la decisión, la sanción se ejecutará inmediatamente.

Art. 16- Arresto de fin de semana. El Juez Contravencional en los casos en que hubiere impuesto sanción de arresto de hasta quince (15) días en forma efectiva, podrá autorizar su cumplimiento durante los fines de semana en forma continua o alternada.

En este caso la sanción se cumplirá en establecimientos para contraventores entre las catorce horas (14:00 hs.) del día sábado y las siete horas (07:00 hs.) del día lunes subsiguiente, debiendo computarse cada fin de semana cumplido en esta forma como dos (2) días de arresto.

Art. 17- Conversión del arresto. El condenado por una contravención a sanción de arresto de cumplimiento efectivo podrá solicitar al Juez Contravencional que se sustituya la misma por:

a) trabajo comunitario, salvo que se tratare de contravenciones contra la autoridad, establecidas en el Título I del Libro II; o b) multa, la que cesará por su pago total, debiendo descontarse el tiempo de arresto efectivamente cumplido.

Art. 18- Libertad condicional. La libertad condicional no será aplicable a las contravenciones.

Art. 19- Multa. La sanción de multa será ordenada por el Juez Contravencional en Unidades Fijas (U.F.), cuyo monto se actualizará anualmente por la Ley Impositiva. Deberán ser abonadas ante el organismo recaudador pertinente en efectivo, tarjeta de débito o en cuotas mediante tarjeta de crédito.

Art. 20- Destino de las multas. El importe de las multas, dinero y valores decomisados ingresará a Rentas Generales de la Provincia o del Municipio, según el origen de las actuaciones.

Los elementos decomisados serán rematados de conformidad con lo establecido en el artículo 27.

En los casos en que la autoridad municipal instruya las actuaciones sumariales, el Municipio deberá destinar el veinte por ciento (20%) del importe de las multas ingresado a campañas de prevención contravencional.

Art. 21- Conversión de multa. Incapacidad de pago. Si el condenado a pena de multa, no pagare en el término de tres (3) días el Tribunal sustituirá la multa no cumplida por la pena de trabajos comunitarios, a razón de cuatro (4) horas por cada cien (100) U.F.

Si el contraventor no cumpliera total o parcialmente con el trabajo comunitario impuesto, éste se convertirá en arresto, debiendo descontarse el tiempo de trabajo comunitario cumplido, a razón de un (1) día por cada cuatro (4) horas.

El trabajo comunitario cesará en cualquier momento si el contraventor abonase el monto de la condena.

Art. 22- Trabajo Comunitario. La sanción de trabajo comunitario estará sujeta a las siguientes condiciones:

a) se cumplirá prestando servicios, tareas especiales o funciones laborales sin remuneración o beneficio alguno en instituciones de bien público o entidades municipales o provinciales situadas, en lo posible, en el ámbito de la jurisdicción municipal donde se domicilie la persona sancionada, a pedido del contraventor

y bajo su responsabilidad. El Juez deberá informar a la institución los datos del condenado y las horas de trabajo que tiene que cumplir;

b) la institución donde el condenado cumpliera el trabajo comunitario deberá registrar los horarios y días de trabajo e informar al Juez sobre su cumplimiento y la conducta desplegada. Finalizado el mismo, en el plazo de cinco (5) días, deberá elevar el informe al Juez a fin de que éste dé por cumplida la sanción impuesta;

c) al aplicar la sanción, el Juez deberá procurar afectar lo menos posible la situación y condiciones laborales y el sostenimiento familiar de la persona sancionada;

d) los Jueces Contravencionales llevarán un registro de las entidades, donde han sido derivados los condenados para el cumplimiento de trabajos comunitarios, debiendo contener como mínimo los siguientes datos: número de expediente, datos del condenado, sanción impuesta, conducta desplegada y cumplimiento total o parcial de la misma.

Art. 23- Agravantes. Si la pena originaria consiste en trabajo comunitario y no fue cumplida en la forma establecida en la sentencia, se transformará en arresto elevándose al doble los días a cumplir efectivamente, se deberá tener en cuenta no superar de ninguna forma la limitación del artículo 13 de éste Código.

Art. 24- Obligaciones de conducta. Las obligaciones de conducta consistirán en un plan de acciones establecido por el Juez para que el infractor realice, a fin de modificar los comportamientos contravencionales; no pudiendo fijarse por un plazo mayor de doce (12) meses. El Juez tendrá el control del cumplimiento de las conductas obligadas, debiendo tomar las medidas necesarias a tal efecto.

El Juez no podrá fijar obligaciones de conducta cuyo cumplimiento sea vejatorio para el infractor, o que afecte sus convicciones, o su privacidad, o que sean discriminatorias, o que se refieran a pautas de conductas no directamente relacionadas con la infracción cometida.

Art. 25- Clases de obligaciones de conducta. Las obligaciones de conducta podrán consistir, entre otras en:

a) abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas;

b) abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas;

c) asistir a la escolaridad primaria y/o secundaria si no la tuvieran cumplida;

d) participación en programas individuales o de grupos de organismos públicos o privados, que permitan modificar los comportamientos que hayan incidido en la realización de la conducta sancionada;

e) realizar cursos, estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional;

f) adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.

Art. 26- Conciliación. Existe conciliación cuando el imputado/a y la víctima llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención y siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros.

La conciliación puede concretarse en cualquier estado del proceso.

El Juez Contravencional deberá resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

Cuando se produzca la conciliación el Juez debe homologar los acuerdos y declarar extinguida la acción contravencional.

El Juez puede no aprobar la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

El Juez debe poner en conocimiento de la víctima la existencia de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos y de reparación del daño causado.

Art. 27- Decomiso. La sanción de decomiso implicará la pérdida de los bienes u objetos empleados para la comisión del hecho, salvo que la autoridad de aplicación lo disponga, fundado en la necesidad que tenga el infractor de disponer de esos bienes para atender necesidades elementales para él y su familia.

Los bienes decomisados se incorporarán al patrimonio de las áreas de Desarrollo Social de la Provincia o de los Municipios, según corresponda, debiendo tenerse en cuenta quien realizó las primeras actuaciones. Si no fueren aprovechables por dichas reparticiones, éstas tendrán a su cargo la enajenación, destinándose su producido a dichos organismos. El Juez podrá ordenar la destrucción de los bienes que no posean valor económico alguno.

Si los bienes decomisados fueren aquellos a los que refiere el artículo 53, serán puestos a disposición del Ministerio de Seguridad para su destrucción, la que se efectuará mediante acta de constatación por ante Escribano Público.

Art. 28- Clausura. La sanción de clausura del establecimiento o local donde se cometa la contravención, implicará el cierre por el tiempo que disponga la sentencia.

Art. 29- Inhabilitación. La sanción de inhabilitación implicará la prohibición de ejercer empleo, profesión o actividad y sólo podrá aplicarse cuando la contravención se produzca por incompetencia, negligencia o abuso en el ejercicio de un empleo, profesión, servicio o actividad dependiente de una autorización, permiso, licencia o habilitación de autoridad competente.

Art. 30- Naturaleza de la infracción. Las sanciones de decomiso, clausura, inhabilitación, obligaciones de conducta y reparación del daño causado podrán imponerse como accesorias aunque no estuvieren expresamente previstas para la infracción cometida y siempre que su naturaleza así lo exigiere.

Art. 31- Graduación de la sanción. La sanción será graduada en cada caso, según las circunstancias, la naturaleza y gravedad de la contravención y el daño causado a la víctima, en los casos que la hubiere. Deberá tenerse en cuenta las condiciones personales y los antecedentes del infractor.

Art. 32- Sustitución de las sanciones. Las sanciones de trabajo comunitario, arresto o multa podrán ser sustituidas -total o parcialmente- por la reparación del daño causado, cuando la contravención hubiere ocasionado un perjuicio a personas o bienes determinados, fueren públicos o privados.

La autoridad de juzgamiento podrá ordenar la reparación del daño a cargo del contraventor o de su responsable civil (padres, tutor o curador).

La reparación dispuesta en el Fuero Contravencional será sin perjuicio del derecho de la víctima a demandar la indemnización en el fuero pertinente.

El pago realizado se computará a cuenta de la eventual indemnización civil.

Art. 33- Reincidencia. Es reincidente, a los efectos de este Código, la persona que ha sido condenada por una contravención e incurriere en otra dentro del término de seis (6) meses, a partir de la fecha en que quedó firme la anterior sentencia condenatoria.

Art. 34- Concurso ideal. Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción de este Código, se aplicará solamente la sanción mayor.

Art. 35- Concurso real. Sanciones de la misma especie. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con sanción de la misma especie, se aplicará al contraventor la suma aritmética de las sanciones correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de los máximos previstos por este Código para las distintas especies de sanciones.

Art. 36- Concurso real. Sanciones de diversa especie. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con sanción de diversa especie, se aplicará la sanción más gravosa.

TÍTULO III

EJERCICIO Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN. EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA SANCIÓN.

Art. 37- Ejercicio de la acción contravencional. La acción es pública, debiendo la autoridad proceder de oficio, de conformidad con el artículo 148 del presente cuerpo legal.

Art. 38- Extinción de la acción contravencional. La acción se extinguirá por:

- a) Muerte del infractor.
- b) Prescripción.
- c) Cumplimiento de la sanción.
- d) Pago voluntario del máximo de la multa establecida para la infracción.
- e) Por la solución del conflicto.

Art. 39- Extinción de la sanción contravencional. La sanción se extinguirá en los primeros cuatro (4) supuestos establecidos en el artículo 38.

Art. 40- Prescripción de la acción. La acción prescribirá al año de cometida la contravención.

Art. 41- Prescripción de la sanción. La sanción prescribirá al año, a contar de la fecha en que la sentencia quedó firme o desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere empezado a cumplirse.

Art. 42- Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción y de la sanción se interrumpirá por:

- a) la comisión de una nueva contravención.
- b) el dictado de la sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.
- c) por la secuela de juicio.

Entiéndase por secuela de juicio el avoque, la primera citación a declarar y el primer llamado a debate.

LIBRO SEGUNDO DE LAS CONTRAVENCIONES

TÍTULO I CONTRAVENCIONES CONTRA LA AUTORIDAD

Art. 43- Negación de informes sobre la propia identidad personal. El que, requerido por un miembro de las fuerzas de seguridad y funcionarios judiciales autorizados, en el ejercicio legítimo de sus funciones, se negare a informarle sobre su identidad personal, estado, profesión, lugar de nacimiento o domicilio o cualquiera otra calidad personal inherente a la situación o suministrare datos falsos, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F hasta seiscientas (600) U.F., siempre que el hecho no constituyere una infracción más grave.

Art. 44- Negación de auxilio a la autoridad. El que, requerido por un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones se negare sin justo motivo, a prestar el auxilio que se le reclama en ocasión de un infortunio público, peligro común o en la flagrancia de un delito, pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo personal, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta seiscientas (600) U.F.

El que, en las mismas circunstancias del párrafo anterior, se negare, sin justo motivo, a dar las indicaciones o informes que le fueren requeridos o los diere falsos, haciendo ineficaz o superflua la acción de la autoridad, será reprimido con multa desde quinientas (500) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta veinte (20) días.

Art. 45- Uso indebido de llamadas. El que utilizare de manera indebida el sistema de llamadas de emergencia o equivalente y requiriese la intervención o el auxilio de un organismo público, servicio público o de asistencia sanitaria o comunitaria será sancionado, con multa desde trescientas (300) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta quince (15) días, cuando actuare con negligencia o imprudencia. En el caso que las mismas conductas fueren cometidas a sabiendas la pena será aplicada en forma conjunta, dentro de los mínimos y máximos establecidos en el presente artículo.

Art. 46- Ofensa personal a funcionario público. El que, en lugar público o privado abierto al público, ofendiere en forma personal y directa a un funcionario público en cumplimiento de sus funciones, incluidos los representantes del cuerpo diplomático o consular acreditados en el país, será sancionado con multa de desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F., o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.

Quedan exceptuados de la presente, los funcionarios con representación política.

La misma sanción corresponderá si el ofendido fuere personal directivo o docente de establecimientos educativos de gestión pública o privada, con motivo de la relación educativa.

Art. 47- Ofensa personal a trabajadores de la educación dentro del establecimiento educativo. Si el padre, tutor, curador o persona que alegare parentesco de un alumno, hostigare, maltratare, menospreciare, insultare, o de cualquier otro modo ofendiere a un trabajador de la educación, dentro del establecimiento educativo, sea público o privado, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.

Art. 48- Ingreso sin autorización a establecimientos educativos. El padre, tutor, curador o persona que alegare parentesco de un alumno o cualquier persona que ingresare sin autorización a un establecimiento educativo público o privado y/o no se retirare a requerimiento del personal directivo, docente o no

docente y/o perturbare de cualquier manera el ejercicio de la función educativa, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta novecientas (900) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta nueve (9) días.

Art. 49- Agravante. Las sanciones previstas en los artículos 46 tercer párrafo, 47 y 48 se elevarán al doble en su mínimo y máximo cuando las contravenciones se cometieren frente o en presencia de los alumnos.

Art. 50- Responsabilidad indirecta de los padres, tutores y curadores. Cuando un alumno menor de edad agrediere en forma personal y directa con insultos, mofas o señas, que implicaren un agravio a personal directivo, docente y no docente de los establecimientos educativos de gestión pública y/o privada o en contra de un funcionario de la Dirección General de Escuelas, en razón de su cargo, y siempre que el hecho no constituyere un delito, sus padres, tutores o curadores serán sancionados con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F.; y como accesoria podrá imponerse obligaciones de conducta.

Art. 51- Ofensa personal a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios. El que ofendiere o agrediere físicamente -sin causar lesiones- y/o verbalmente con gritos e insultos a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios en efectores públicos o privados, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta doce (12) días.

TÍTULO II CONTRAVENCIONES CONTRA EL ORDEN PÚBLICO Y LA SEGURIDAD PÚBLICA

Art. 52- Portación de arma blanca u objeto cortante o contundente. El que, en lugar público o abierto al público y sin justificar motivo, portare arma blanca u objeto cortante o punzo-cortante, contuso-cortante, arma arrojadiza o de proyección, ballesta, arma de acción neumática, o similares, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. y arresto de diez (10) días. Siempre corresponderá el decomiso. Igual sanción corresponderá a quien entregare o permitiere llevar dichas armas a menores de edad o a un incapaz.

La sanción se incrementará al doble de lo previsto cuando la portación se realizare en lugares donde haya concurrencia o reunión de personas.

La sanción será incrementada al triple de lo previsto cuando se hiciere ostentación pública de la misma. Exceptúase de sanción la portación de arma blanca u objeto cortante o contundente, si la persona acreditase su uso con motivo del oficio o actividad que desempeña, siempre que no hiciere ostentación pública de la misma.

Art. 53- Portación de elementos idóneos para delinquir. El que, en lugar público o abierto al público, portare arma de fuego no apta para el disparo o réplica o cualquier objeto que tenga el aspecto externo de un arma de fuego sin serlo, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. y arresto de quince (15) días. Siempre corresponderá el decomiso.

Igual pena corresponderá a quien entregare o permitiere llevar arma de fuego no apta para el disparo o réplica a menores de dieciocho (18) años o a un incapaz. La pena será incrementada al doble de lo previsto cuando la portación se realizare en lugares donde hubiere concurrencia o reunión de personas. La pena será incrementada al triple de lo previsto cuando se hiciere ostentación pública de la misma.

Art. 54- Tenencia injustificada de municiones. La tenencia injustificada de municiones, cualquiera sea su tipo y calibre, por parte de quien no pueda acreditar la calidad de legítimo usuario de armas de fuego, y en consecuencia carezca de carnet de habilitación para su compra, siempre que el hecho no constituya delito, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. y arresto de cinco (5) días. Siempre corresponderá el decomiso.

Art. 55- Actos turbatorios y desórdenes. Se consideran actos turbatorios y desórdenes, los siguientes:

a) tomar parte de una pelea o riña, en lugar público o expuesto al público, siempre que no se causaren lesiones;

b) incitar individualmente o en grupo a las personas a reñir, insultarlas o amenazarlas o provocarlas en cualquier forma, o promover escándalos o tumultos, en lugares públicos o abiertos al público o expuestos a que el público los vea u oiga;

c) agredir con insultos, señas, golpes sin causar lesiones o de cualquier otro modo a un jugador, artista o participante de un espectáculo o evento, antes, durante o inmediatamente después del mismo;

d) molestar con demostraciones hostiles o provocativas una reunión pública de carácter político, religioso, económico, social, deportivo, o arrojar líquidos o elementos contundentes, sin provocar lesiones o daño;

e) ocasionar molestias perturbando el orden de las filas formadas para la adquisición de entradas; el ingreso o egreso del lugar donde se desarrolle un espectáculo masivo de cualquier naturaleza, sin respetar el vallado de control; provocar avalanchas o ingresar sin autorización al lugar donde se desarrolla el espectáculo o evento, vestuarios, campo deportivo o cualquier otro sitio reservado para los participantes o artistas durante la realización del mismo;

f) organizar manifestaciones o reuniones públicas que convoque masivamente a personas en locales cerrados o al aire libre, sin dar aviso a la autoridad competente para que implemente las medidas de seguridad que el caso requiera;

g) perturbar el descanso, la convivencia, la actividad laboral o la tranquilidad de las personas, con gritos o ruidos, o abusar de instrumentos sonoros, o no impedir ruidos molestos de animales, o ejercitar un oficio ruidoso en forma notoriamente abusiva, los cuales por su volumen, reiteración o persistencia, excedan la normal tolerancia. Siempre que los mismos hayan sido constatados y sancionados previamente por la autoridad municipal correspondiente, ante un nuevo hecho, podrán ser juzgados de conformidad al presente Código;

h) quien fuere empresario de teatro, cinematógrafo o demás espectáculos públicos, dar motivos para desórdenes, ya sea por demora en la entrada o por suspensiones, cambios o inexactitudes de los programas enunciados;

i) siendo vendedor estable o ambulante, pregonare estruendosamente o mediante altavoces, parlantes u otro medio similar la compra o venta de cualquier tipo de mercaderías o servicios, causando molestias.

El que incurriere en alguna de estas conductas será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta diez (10) días.

En el supuesto de los incisos g) e i), los contraventores podrán ser juzgados de conformidad al presente Código, siempre que los hechos hubieren sido constatados y sancionados previamente por la autoridad municipal correspondiente, ante un nuevo hecho.

Art. 56- Agravantes. Serán consideradas agravantes del artículo 55 las siguientes conductas, en las cuales las sanciones se elevarán al doble en sus mínimos y máximos:

- i. cuando cualquiera de las conductas establecidas en los incisos b), g) e i) se manifestare en las proximidades de establecimientos hospitalarios o educativos, públicos o privados.
- ii. cuando la víctima de las conductas establecidas en los incisos a), b), c), e) y g) fuere una persona menor de edad y mayor de setenta (70) años o personas con discapacidad.

Art. 57- Cuidado de vehículos sin autorización legal. El que, sin acreditar habilitación de la autoridad competente, exigiere o aceptare contraprestación por permitir el estacionamiento o alegare el cuidado de vehículos en la vía pública, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días.

Si la infracción se cometiere en las inmediaciones del lugar en que se realicen espectáculos públicos, la sanción se elevará al doble en sus mínimos y máximos.

Art. 58- Limpieza de vehículos en la vía pública. El que ofreciere limpieza de vehículos o de partes de éstos sin autorización general de la autoridad competente, sea que se encontraren estacionados en la vía pública o que hubieren detenido su marcha momentáneamente en los semáforos, y exigiere o aceptare contraprestación a cambio, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta ocho (8) días.

Si la infracción se cometiere en las inmediaciones del lugar en que se realicen espectáculos públicos, la sanción se elevará al doble en sus mínimos y máximos.

Art. 59- Abandono malicioso de servicio. El conductor de vehículos de alquiler, micrómnibus, taxi, remis y/o plataformas, que abandonare al/los pasajero/s o se negare a continuar el servicio, cuando no hubiere ocurrido un accidente o no mediare una causa de fuerza mayor que lo impidiere, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta ocho (8) días, o trabajo comunitario de diez (10) días.

Art. 60- Omisión del registro de huéspedes o pasajeros. El propietario, gerente o encargado de hotel, hostel, posada, residencia o casa de hospedaje, que no llevare los registros habilitados al efecto que contengan: nombre, apellido, documento de identidad, domicilio, teléfono, mail, fecha de entrada y salida de los pasajeros o huéspedes, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días y la clausura de las instalaciones por quince (15) días.

En la misma sanción incurrirán los que ante un requerimiento formal de autoridad competente se negaren a exhibir sus registros.

Art. 61- Alojamiento turístico clandestino. El que sin encontrarse debidamente inscripto en los registros provinciales, conforme lo establezca la autoridad de aplicación que por Ley corresponda, ofreciere, hospedare o brindare cualquier tipo de servicio de alojamiento temporal a turistas, en viviendas particulares, será sancionado con multa desde un mil (1000) U.F. hasta cuatro mil (4000) U.F.

Art. 62- Omisión del registro de operaciones de préstamos, empeños o compraventa de cosas antiguas o usadas. El dueño, gerente o encargado de casas de préstamos, empeños y remates, o el vendedor de cosas antiguas, ropas y calzados usados, o comerciante y convertidor de alhajas, que no llevare los registros

habilitados al efecto que contengan: nombre, apellido, documento de identidad, domicilio, teléfono, correo electrónico de los compradores y vendedores, y fecha de las operaciones de compra y venta, será sancionado con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o con arresto desde seis (6) días hasta quince (15) días y la clausura de las instalaciones por quince (15) días.

En la misma sanción incurrirán los que, ante un requerimiento formal de autoridad competente, se negaren a exhibir sus registros.

Art. 63- Omisión de custodia de ganado. El propietario, tenedor, encargado o cuidador de ganado ovino, porcino, equino, vacuno, bovino y caprino que fuere encontrado suelto o atado, o se encontraren a la vera de calles, caminos o rutas, y pudieren representar una situación de peligro en espacios destinados al tránsito de personas o vehículos, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta quince (15) días.

En caso de reincidencia, las sanciones se elevarán al doble en sus mínimos y máximos.

La autoridad que intervenga procederá a colocar el animal en lugar seguro, por el plazo máximo de diez (10) días, vencido el cual y sin que el dueño, cuidador o encargado de su custodia lo reclame, se procederá a la entrega del mismo a la Dirección de Ganadería o el Municipio que intervenga, quienes procederán a su venta en remate, conforme las disposiciones de la Ley Nº 6.773.

En los casos que el dueño, cuidador o encargado reclamare el animal dentro del plazo previsto en el párrafo anterior, además de cumplir con la sanción impuesta deberá abonar los gastos de manutención del animal, devengados hasta el momento de su retiro. Si el animal fuere reclamado con posterioridad al plazo de diez (10) días arriba establecido, su dueño, cuidador o encargado no tendrá lugar a reclamo o indemnización alguna, quedando sujeto al proceso contravencional.

Art. 64- Tenencia de canes u otro animal potencialmente peligroso sin los resguardos necesarios. El que tuviere un can o animal que potencialmente ofreciere peligro de ataque a las personas por su instinto o dificultad de domesticación, sin haber adoptado prudentes medidas de prevención, tales como: instalaciones seguras y resistentes que impidan su huida o la posibilidad de sacar hocicos o garras; uso del bozal en lugares públicos o espacios privados comunes, uso de la correa o cadena de menos de dos (2) metros no extensible, licencia administrativa y su inscripción en los registros municipales; será sancionado con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta quince (15) días.

La autoridad procederá al secuestro de estos animales para ser puestos a disposición de las autoridades correspondientes, y cuando éstos fueren salvajes los pondrá a disposición del Departamento de Fauna dependiente de la Dirección de Recursos Naturales Renovables.

Art. 65- Omisión de cuidado de canes y mascotas. El que descuidare a un can o a cualquier clase de mascota a su cargo, sea potencialmente peligroso o no, dejándolos deambular por las calles en vías o lugares públicos, estorbando el tránsito o causando inseguridad a las personas que transitan a pie, bicicleta o vehículo automotor, será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta veinte (20) días.

Art. 66- Omisión de denuncia. El dueño o encargado de la custodia de un can o animal potencialmente peligroso que no denunciare su sustracción o pérdida ante el responsable del Registro habilitado por el

Municipio, dentro de las 24 (veinticuatro) horas posteriores a que se tenga conocimiento de estos hechos, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta dos mil quinientas (2.500) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta veinticinco (25) días.

Art. 67- Conducción Peligrosa. El que condujere vehículos o animales con velocidad o de modo que importare peligro para la seguridad pública o confiare el manejo de los vehículos a personas sin habilitación para conducir a menores de edad, será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta veinte (20) días.

Las sanciones de arresto y multa serán aplicadas conjuntamente, si la infracción fuere cometida con vehículos de transporte público de pasajeros o vehículos de carga pesada lleven o no carga.

Podrá además, imponerse al conductor culpable la sanción de inhabilitación de hasta treinta (30) días para conducir vehículos.

Firme la Sentencia se comunicará al Registro Provincial de Antecedentes de Tránsito y al Registro Provincial de Infracciones Viales (REPAT/REPRIV).

El que condujere bicicletas o bicicletas con motor utilizando auriculares conectados, por cable o medios inalámbricos, a aparatos receptores o reproductores de sonido, así como el que utilizare celulares y otros sistemas tecnológicos de comunicación y esparcimiento, durante la conducción de las mismas, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o trabajo comunitario desde cinco (5) días hasta diez (10) días.

Art 67(bis): La conducta tipificada en el artículo anterior será de aplicación cuando en las circunstancias previstas en el **inciso 7 del artículo 52 de la Ley Nº 9.024** –Ley de Seguridad de Tránsito Vial-, se condujere un vehículo con una alcoholemia igual o superior a un (1) gramo por litro de sangre, en cuyo caso el infractor será sancionado con multa desde cuatro mil (4000) U.F. hasta nueve mil (9000) U.F. o arresto de hasta treinta (30) días, e inhabilitación como accesoria en todos los casos para conducir vehículos desde noventa (90) días hasta trescientos sesenta y cinco (365) días. En este caso no se aplicará la conversión de la sanción de multa o arresto en trabajo comunitario

Art. 68- Omisión o remoción de señalamiento de peligro – corte de suministro de servicios esenciales. El que omitiere el señalamiento necesario para evitar un peligro proveniente de obras o tareas de cualquier índole que se efectuaren en caminos, calles o cualquier otra vía de tránsito público; o el que removiere o utilizare las señales puestas como guía o indicadores en una ruta o que señalen un peligro; y el que arbitrariamente apagare el alumbrado público o abriere o cerrare llaves de agua corriente, boca de incendio de lugares públicos o privados que afectaren a la población o parte de ella, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días.

Art. 69- Apertura abusiva de lugares de espectáculos públicos. El que abriere o mantuviere abiertos lugares de espectáculos públicos, para entretenimiento, reunión y práctica de deportes sin haber observado las prescripciones de la autoridad que tutelan la seguridad pública, será sancionado con multa de cuatrocientas (400) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o con arresto desde dos (2) días hasta seis (6) días.

Art. 70- Espectáculos públicos – prohibición de venta de objetos aptos para agredir. El que, en todo lugar donde se realicen espectáculos públicos, ya sea dentro del recinto o en un radio de quinientos (500) metros alrededor del mismo, expendiendo bebidas, alimentos o cualquier otro producto contenidos en envases de vidrio u otros recipientes que por sus características pudieran ser utilizados como elementos contundentes, dejando el recipiente en poder del comprador, entre cuatro (4) horas previas a la iniciación del evento a desarrollarse en los mismos y dos (2) horas después de su finalización, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta seiscientas (600) U.F. o arresto desde cuatro (4) días hasta seis (6) días.

La sanción prevista en el párrafo anterior podrá llevar como accesoria la clausura del establecimiento en el que la contravención hubiere ocurrido, de hasta quince (15) días corridos y la inhabilitación por el mismo lapso de la licencia para ejercer la actividad comercial, emitida por la autoridad competente.

Art. 71- Prohibición de suministro, venta o guarda de bebidas alcohólicas. El que, en todo lugar donde se realicen espectáculos públicos o deportivos, efectúe o facilite el expendio, suministro, venta o guarda de bebidas alcohólicas dentro del recinto donde se desarrolla el espectáculo o en un radio de quinientos (500) metros alrededor del mismo, entre cuatro (4) horas previas a la iniciación del evento a desarrollarse y cuatro (4) horas después de su finalización, será sancionado con multa de quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días.

La sanción prevista en el párrafo anterior llevará como accesoria la clausura del establecimiento en el que la infracción se hubiere cometido, de quince (15) días hasta treinta (30) días corridos y la inhabilitación por el mismo lapso de la licencia de la autoridad competente, que habilite al infractor para ejercer la actividad comercial en función de la cual fue sancionado.

Los dirigentes o miembros de comisiones directivas, que faciliten la contravención prevista en el párrafo primero, serán sancionados con el doble de la sanción prevista en el mencionado párrafo.

Exceptúanse de lo dispuesto en el presente artículo los eventos que estén autorizados a tal fin por autoridad competente.

Art. 72- Estado de intoxicación en espectáculos públicos. El que en un espectáculo público fuere sorprendido con manifiestos signos de embriaguez o de estar bajo los efectos de estupeficientes, psicofármacos o cualquier otra sustancia tóxica que pueda producir alteraciones físicas o psíquicas en quien las consume, que represente un peligro para sí o para los demás, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta doce (12) días o trabajo comunitario desde treinta y dos (32) días hasta cuarenta y ocho (48) días.

Art. 73- Obligaciones de promotores, organizadores y autoridades. Los directivos de las ligas, asociaciones, colegiaciones, clubes o entidades deportivas reconocidas serán los encargados de aplicar las disposiciones de seguridad en el deporte. A tal efecto deberán:

- a) contratar la seguridad adecuada al evento;
- b) realizar periódicamente el control de los estadios y recintos deportivos, solicitando a las Municipalidades la intervención correspondiente;
- c) habilitar puertas y lugares de ingreso y egreso del recinto diferenciadas para locales y visitantes;
- d) disponer de tribunas especiales y diferenciadas para los simpatizantes de los clubes participantes.

El incumplimiento de las normas de seguridad previstas en este artículo, serán sancionadas con multa de dos mil (2.000) U.F. hasta cinco (5.000) U.F. o arresto de veinte (20) días hasta cincuenta (50) días y se podrá disponer como pena accesoria la clausura del estadio o recinto deportivo desde quince (15) días hasta treinta (30) días corridos en fecha de fixture.

Art. 74- Portación de objetos aptos para agredir. El que antes, durante o inmediatamente después del encuentro deportivo suministrare, guardare o tuviere en su poder artificios pirotécnicos u otros objetos o sustancias aptos para ser utilizados en la producción de explosiones o cualquier otra forma de combustión o cualquier tipo de elemento que eventualmente pueda ser utilizado como proyectil o instrumento de agresión, dentro del recinto, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta ocho (8) días.

Los dirigentes y miembros de comisiones directivas, que permitieren la guarda de artefactos pirotécnicos, con el objeto de facilitar la contravención prevista en el párrafo anterior, serán sancionados con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta veinte (20) días. En ambos supuestos el contraventor deberá abstenerse de concurrir a espectáculos deportivos por el plazo de seis (6) meses.

Art. 75- Violencia de participantes y dirigentes. Los participantes de un espectáculo deportivo: jugadores, entrenadores, directivos de las ligas, asociaciones, colegiaciones, clubes o entidades deportivas reconocidas que antes, durante o inmediatamente después del evento deportivo, ejercieren actos de violencia entre sí o contra árbitros, espectadores o autoridades, siempre que el hecho no constituya delito, serán sancionados con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta cuatro mil quinientas (4.500) U.F. o arresto desde veinte (20) días hasta cuarenta y cinco (45) días o trabajo comunitario de treinta (30) días hasta ochenta (80) días.

Art. 76- Violencia de los espectadores. Los espectadores de un evento deportivo que antes, durante o inmediatamente después del mismo agredieren físicamente a entrenadores, jugadores, árbitros y autoridades de las ligas, asociaciones, colegiaciones, clubes o entidades deportivas reconocidas, serán sancionados con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil quinientas (2.500) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta veinticinco (25) días o trabajo comunitario de veinte (20) días hasta sesenta (60) días.

Las personas que con motivo u ocasión de un evento o espectáculo deportivo antes, durante o inmediatamente después del mismo retuvieren o tomaren el control de un vehículo o transporte público de pasajeros, y siempre que el hecho no constituyera un delito, serán sancionados con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta cuatro mil quinientas (4.500) U.F. o arresto desde veinte (20) días hasta cuarenta y cinco (45) días o trabajos comunitarios desde treinta (30) días hasta ochenta (80) días.

Art. 77- Promotores de violencia. Los participantes de un espectáculo deportivo: jugadores, entrenadores, directivos de las ligas, asociaciones, colegiaciones, clubes o entidades deportivas reconocidas que, antes, durante o inmediatamente después del evento deportivo, promovieren o incitaren escándalos, disturbios, desmanes o desórdenes, con expresiones, ademanes, insultos, serán sancionados con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil cuatrocientas (1.400) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta catorce (14) días o trabajo comunitario de veinticinco (25) días hasta setenta (70) días.

Los espectadores que antes, durante o inmediatamente después del evento deportivo, promovieren o incitaren escándalos, disturbios, desmanes o desórdenes, con expresiones, ademanes, insultos, serán sancionados con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días o trabajo comunitario desde diez (10) días hasta veinte (20) días.

Art. 78- Provocación a simpatizantes del equipo contrario. Los espectadores que con el propósito de provocar a los simpatizantes del equipo contrario portaren consigo drones, láser o exhibieren por cualquier medio, banderas o trofeos de clubes que correspondieren a otro club que no sea el propio, serán sancionados con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días o trabajo comunitario de cinco (5) días hasta quince (15) días.

Art. 79- Obligación de conducta. A las sanciones que se apliquen, como consecuencia de las contravenciones reguladas en los artículos 72, 74, 75, 76, 77 y 78 se aplicará como accesoria la prohibición de ingreso a espectáculos deportivos por el plazo de un (1) año, como obligación de conducta.

Art. 80- Avalanchas. El que en espectáculos públicos perturbare filas, ingresos, egresos o no respetare los vallados y por cualquier medio creare el peligro de una avalancha, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta seiscientas (600) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta seis (6) días o trabajo comunitario de ocho (8) días hasta veinticuatro (24) días.

El dirigente o miembro de comisiones directivas, que obstruyere o dispusiere la obstrucción del egreso de un espectáculo masivo de carácter deportivo o artístico, siempre que no constituya delito, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde cuatro (4) días hasta doce (12) días o trabajo comunitario de dieciséis (16) días hasta cuarenta y ocho (48) días.

Art. 81- Ausencia de habilitación. Los organizadores, promotores, autoridades o propietarios de los clubes o locales en donde se realicen espectáculos o eventos deportivos, cuando las instalaciones destinadas a tal fin no se encontraren habilitadas por orden de autoridad municipal o provincial, según correspondiere, o encontrándose con un permiso precario, no hubieren procedido a cumplimentar las exigencias de reformas exigidas por la autoridad competente, será sancionado con multa desde tres mil (3.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde treinta (30) días hasta sesenta (60) días.

Además, como sanción accesoria, se ordenará la clausura de la instalación, por el término de treinta (30) días.

TÍTULO III CONTRAVENCIONES CONTRA LA MORALIDAD, BUENAS COSTUMBRES, SOLIDARIDAD Y EDUCACIÓN

Art. 82- Ofensas al pudor o decoro personal. El que, en lugar público o abierto o expuesto al público, importunare a otra persona en forma ofensiva al pudor o al decoro personal, será sancionado con multa desde cien (100) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o trabajo comunitario desde cuatro (4) días hasta dieciséis (16) días.

Art. 83- Acoso sexual callejero. Entiéndase por acoso sexual callejero a las conductas físicas o verbales, de naturaleza o connotación sexual, basadas en el género, conforme a la Ley Nacional 26.743, realizadas por

una o más personas en contra de otra u otras, que no desean o rechazan estas conductas en tanto afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, integridad y libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos y en los espacios privados de acceso público.

La persona que ejerciere acoso sexual callejero sobre otra, en lugares públicos o privados con acceso al público, siempre que el hecho no constituya delito, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta quinientas (500) U.F. o trabajo comunitario desde ocho (8) días hasta veinte (20) días.

Art. 84- Incitación pública y privada. Las personas que individualmente o en compañía inciten, en forma manifiesta y agresiva a mantener prácticas sexuales por precio, serán sancionadas con multa desde quinientas (500) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta ocho (8) días. Para la actuación policial y/o municipal se requerirá medidas probatorias tecnológicas en lo posible.

En la misma pena incurrirá quien ejerza los actos referidos en el párrafo anterior, en forma notoria, en sitios privados.

El inmueble podrá ser clausurado hasta por doce (12) meses.

Art. 85- Espectáculos y locales bailables de acceso prohibido para menores de edad. El empresario, administrador, director, encargado o personal a cargo o responsable del ingreso de espectáculos o locales bailables categorizados para acceso exclusivo a mayores de edad que permitiere o facilitare la entrada de menores de edad, será sancionado con multa de cuatro mil (4.000) U.F. hasta ocho mil (8.000) U.F. y como accesoria la clausura de las instalaciones por el término de sesenta (60) días.

El propietario, organizador o responsable de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en el que arbitrariamente se impida el acceso o la permanencia en el lugar a una persona por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, orientación sexual, posición económica, condición social o caracteres físicos, será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2000) U.F., e inhabilitación del local por el término de treinta (30) días.

Art. 86- Omisión de cuidado. Se presumirá falta de vigilancia o cuidado de los padres o representantes legales de los menores de edad que ingresaren, concurrieren o permanecieren en un local o evento cuyo acceso les esté prohibido en los términos de la legislación vigente, serán sancionados con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta cuatro mil (4.000) U.F. o trabajo comunitario vinculado con la diversión nocturna de los jóvenes, bajo la supervisión de la Subdirección de Control de Eventos y Locales de Esparcimiento desde veinte (20) días hasta cuarenta (40) días.

En caso de reincidencia la sanción se elevará al doble de su mínimo y máximo.

Art. 87- Festejos estudiantiles. El titular de local y/o el organizador de eventos de festejos estudiantiles para menores de edad, cualquiera sea su naturaleza, que no impidiere el ingreso, venta, expendio y consumo de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes en los lugares y/o locales destinados al efecto, será sancionado con multa desde cinco mil (5.000) U.F. hasta doce mil (12.000) U.F. o arresto desde cincuenta (50) días hasta noventa (90) días y la clausura del lugar o local por el término de sesenta (60) días.

Art. 88- Irregularidades en la realización de eventos. El titular, empresario, organizador o administrador que en eventos o locales categorizados, habilitados y autorizados, excediere el factor ocupacional en función de lo autorizado, en caso de amenaza real o potencial a la seguridad y/o salubridad de las personas concurrentes a los locales, será sancionado con multa desde siete mil (7.000) U.F. hasta catorce mil (14.000) U.F. o arresto de noventa (90) días y la clausura del lugar o local por el término de sesenta (60) días.

La falta de servicio de agua potable gratuita, desvirtuación del rubro para el cual el local o evento fue autorizado o la ausencia de servicio médico contratado o seguro de responsabilidad civil vigente o seguro de caución equivalente al doble del aforo de categorización, elevará la multa al doble en su mínimo y máximo y la clausura del local por noventa (90) días.

Si el evento o local no estuviere autorizado la sanción se elevará al triple.

Art. 89- Exhibición de reproducciones digitales o videos. El que exhibiere o permitiere que un tercero emita reproducciones digitales o videos no aptos para todo público en bares, confiterías, restaurantes, transportes de pasajeros en general y demás lugares de acceso al público en general, será sancionado con multa desde tres mil (3.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o con arresto desde treinta (30) días o hasta sesenta (60) días.

El titular, propietario, encargado de negocios de acceso público donde se transmitiere imágenes y procesos de internet que no instalare filtros de pornografía para menores, recibirá la misma pena.

Art. 90- Mendicidad amenazante o agravante. El que mendigare en forma amenazante o agravante, será sancionado con arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días o trabajo comunitario desde veinte (20) días hasta cuarenta (40) días.

Art. 91- Mendicidad fraudulenta. El que mendigare simulando deformidad o enfermedad propia o de terceros, o adoptando otros medios fraudulentos para suscitar la piedad ajena, será sancionado con arresto desde diez (10) días hasta quince (15) días o trabajo comunitario desde cuarenta (40) días hasta sesenta (60) días.

Art. 92- Mendicidad por medio de menores e incapaces. El que mendigare, valiéndose de un menor de edad o de una persona incapaz, sujetos a su responsabilidad parental o confiados a su custodia o vigilancia; o permitiere que tales personas mendigaren o que otros se valieren de ellos para mendigar, serán sancionados con arresto desde quince (15) días hasta treinta (30) días o trabajo comunitario desde sesenta (60) días hasta ochenta (80) días.

En los casos del presente artículo, el Juez Contravencional pondrá en conocimiento del Juez de Familia o del organismo público de protección de derechos que correspondan a los fines que dispongan las medidas pertinentes de protección y asistencia.

Art. 93- Negación de auxilio a terceros. El que diere indicaciones falsas que puedan acarrear un peligro para una persona, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o trabajo comunitario desde ocho (8) días hasta dieciséis (16) días en hogares para adultos mayores.

El que se negare a socorrer o prestar ayuda al que ha sufrido un accidente, siempre que no corriere un riesgo personal apreciable, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta ochocientas

(800) U.F. o trabajo comunitario desde dieciséis (16) días hasta treinta y dos (32) días en hogares para adultos mayores.

Art. 94- Prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. El que consumiere bebidas alcohólicas en la vía pública, lugares de acceso público, excepto en los lugares y horarios expresamente habilitados por la autoridad competente será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta quinientas (500) U.F. o arresto desde un (1) día hasta cinco (5) días.

Serán sancionados con la misma sanción quienes consuman bebidas alcohólicas a bordo de un vehículo y/o automotor estacionados en la vía pública. Si el vehículo es de transporte público de pasajeros, la sanción prevista en el primer párrafo se triplicará.

Si el contraventor fuere una persona menor de edad se aplicará lo dispuesto en los artículos 8º y 9º de la presente Ley.

Siempre corresponderá el decomiso de la bebida y elementos utilizados.

Art. 95- Ebriedad. El que en lugar público o abierto al público se hallare en estado de manifiesta embriaguez, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o arresto de dos (2) días hasta cuatro (4) días y obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.

La sanción será aumentada al doble si el infractor ocasionare molestias a los transeúntes.

Si el infractor se encontrare conduciendo un vehículo, deberá someterse a una prueba de alcoholemia por espirado en aire, destinada a determinar la presencia de alcohol en el organismo. Si la prueba de alcoholemia resultare positiva o hubiere indicios indubitables que dicha persona se encuentra bajo la influencia de alcohol, la autoridad actuante podrá prohibirle la conducción por el tiempo que fuere necesario para su recuperación, el que no podrá exceder de tres (3) horas a partir de su constatación. Durante ese término el afectado deberá permanecer bajo vigilancia, para cuyo efecto podrá ser conducido a la unidad policial a menos que se allane a inmovilizar el vehículo por el tiempo fijado o señale a otra persona que bajo su responsabilidad se haga cargo de la conducción durante dicho plazo, con la condición de no tomar parte en ella.

Si el infractor se negare a someterse a la prueba de espirado será sancionado con la prohibición para circular como obligación de conducta, con la consiguiente inmovilización del vehículo por un término que no podrá exceder de cinco (5) horas.

Siempre corresponderá el decomiso de la bebida.

Art. 96- Alteración psíquica en la vía pública, por uso de estupefacientes o sustancias tóxicas. El que en lugar público o abierto al público fuere sorprendido en estado de alteración psíquica por uso de estupefacientes o sustancias tóxicas, inhalantes o de otra naturaleza química, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o arresto desde dos (2) días a cuatro (4) días, y con la obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.

Si el que fuere sorprendido en las circunstancias descriptas en el párrafo anterior fuere una persona menor de edad, se procederá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9º y será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta cincuenta (50) días, con la obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.

Siempre corresponderá el decomiso de las sustancias y la evaluación del uso de estupefacientes o intoxicación a través de un efector público que indique la autoridad judicial.

Art. 97- Suministro o permiso de consumo a menores. Los padres, tutores o guardadores que permitieren en forma expresa el consumo de alcohol en forma excesiva, o de sustancias tóxicas o estupefacientes, cualquiera fuere el ámbito, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta sesenta (60) días, con la obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.

Siempre corresponderá el decomiso de las sustancias y la evaluación del uso de estupefacientes o intoxicación a través de un efector público que indique la autoridad judicial.

Art. 98- Agravante. La reincidencia en las contravenciones descritas en los artículos 94, 95, 96 y 97 serán sancionadas con el doble de lo previsto para cada contravención.

Art. 99- Inasistencia de alumnos menores de edad a establecimientos educativos. Los padres, tutores o curadores de alumnos menores de edad que, de manera reiterada e injustificada, los hagan incurrir en inasistencias a los establecimientos educativos durante el ciclo lectivo, serán sancionados con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto de hasta quince (15) días, o trabajo comunitario de hasta veinte (20) días.

Art. 100- Omisión de cumplimiento de compromisos asumidos con los establecimientos educativos. Los padres, tutores o curadores de alumnos que, de manera reiterada e injustificada, omitieran los compromisos asumidos con los establecimientos educativos en relación al horario del retiro de los alumnos luego de finalizado el horario escolar y siempre que el hecho no constituya un delito serán sancionados con multa desde doscientas (200) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta diez (10) días.

Las autoridades del establecimiento escolar deberán dar intervención a los organismos públicos de protección de derechos que correspondan, cuando los incumplimientos aludidos pongan en peligro la integridad o seguridad psicofísica de los alumnos.

TÍTULO IV CONTRAVENCIONES CONTRA LA FE PÚBLICA Y LA PROPIEDAD

Art. 101- Explotación de la credulidad pública. El que tirando las cartas, evocando los espíritus, indicando tesoros ocultos, o el que públicamente ofreciere sus servicios como adivino, se hiciere pasar por profesional para actividades no habilitadas legalmente, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta seiscientas (600) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta seis (6) días.

En todos los casos se procederá al decomiso de los instrumentos, utensilios, cuadros y ropas empleadas para cometer la infracción.

Art. 102- Falsa apariencia. Los que simularen o aparentaren falsamente el desempeño de un trabajo o función, de un estado de necesidad, accidente o vínculo, con el propósito de entrar a edificios, domicilios o lugares de uso privado, será sancionado con Multa desde quinientas (500) U.F. hasta ochocientas (800) U.F.

Art. 103- Simulación de la calidad de miembros de las fuerzas de seguridad. El que simulare ser miembro de la fuerza de seguridad mediante la utilización de uniforme o credenciales será sancionado con multa

desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta quince (15) días.

Art. 104- Adquisición de indumentaria de las fuerzas de seguridad. El que adquiere indumentaria de las fuerzas de seguridad, sin pertenecer a las mismas, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta treinta (30) días.

En la misma sanción, incurrirá el titular del establecimiento comercial o un particular que vendiere o entregare en cualquier concepto indumentaria de las fuerzas de seguridad a personas que no pertenezcan a las mismas.

Art. 105- Entrega de tarjetas o recomendaciones a las víctimas de accidentes. El que en los centros asistenciales, públicos o privados, ofrezca servicios profesionales o haga entrega de tarjetas, recomendaciones o publicidad, tendientes a inducir a las víctimas de accidentes de tránsito o laboral a recurrir a determinado abogado o estudio jurídico será sancionado con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta cuatro mil (4.000) U.F. o arresto desde veinte (20) días hasta cuarenta (40) días.

Idéntica sanción corresponderá al profesional involucrado en la recomendación.

La sanción se duplicará si el contraventor es personal dependiente del Estado Provincial en el área de salud, seguridad o justicia; debiendo el Juez remitir copia de las actuaciones al organismo del que dependiere a los fines administrativos correspondientes.

Si el contraventor es un profesional del derecho o de la salud la condena deberá ser comunicada al organismo encargado del control de la matrícula y de la conducta ética del profesional a todos sus efectos. Es obligación ineludible del personal policial afectado a los servicios de urgencia de los centros hospitalarios dependientes del Estado Provincial velar por el cumplimiento de esta norma y comunicar el hecho al 911 o a la dependencia policial más cercana.

El texto del presente artículo será de exhibición obligatoria en los centros asistenciales dependientes del Estado, en las seccionales de policía y oficinas fiscales, especialmente en los servicios públicos de seguridad, de ambulancias y de urgencias médicas. El responsable del centro que incumpla con la exhibición será pasible de las sanciones establecidas en la presente norma.

Art. 106- Posesión de elementos idóneos para estafar. El que llevare consigo billetes de lotería, quiniela, tómbola u otros similares adulterados, paquetes similares a dinero u otros elementos idóneos para estafar será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta cincuenta (50) días.

Art. 107- Evasión del pago de servicios. Se consideran conductas evasoras del pago de servicios, las siguientes:

a) hacerse alojar en hoteles o posadas, o hacerse servir alimentos o bebidas en restaurantes, bares, confiterías, cafeterías o hacerse atender en peluquerías, centros de estética, o cualquier establecimiento análogo, con el propósito de no pagar o sabiendo que no podrá hacerlo.

b) en la misma situación o con el mismo propósito, servirse de un vehículo colectivo, coche o automóvil de alquiler.

c) aprovecharse de una máquina expendedora de bebidas o alimentos, teléfono o cualquier máquina automática, haciéndolos funcionar con monedas falsas o con otros objetos distintos del que debidamente corresponda.

El que contraviniera alguna de éstas conductas, será sancionado con multa equivalente a cinco (5) veces el valor del servicio no abonado o trabajo comunitario de diez (10) días y la obligación de solicitar al damnificado las disculpas correspondientes por su actuar.

Art. 108- Posesión injustificada de llaves alteradas o de ganzúas. Los que sin causa justificada llevaran consigo ganzúas u otros instrumentos exclusivamente destinados a abrir o forzar cerraduras, o llaves alteradas o contrahechas, de las cuales no justifiquen su actual destino, serán sancionados con multa desde trescientas (300) U.F. hasta quinientas (500) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta cinco (5) días. En todos los casos tales efectos serán decomisados.

Art. 109- Protección de los bienes privados. El que, manchare, ensuciare, fijare carteles, dibujare cualquier anuncio, leyenda o expresiones de cualquier tipo en paredes, veredas, puertas, ventanas, toldos, cerramientos metálicos de casas particulares o de comercios o en automóviles estacionados en la vía pública, siempre que el hecho no constituya delito, será sancionado con multa desde novecientas (900) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde nueve (9) días hasta doce (12) días y trabajo comunitario de diez (10) días.

Si las contravenciones se realizaren en escuelas, colegios, universidades o institutos privados, iglesias, templos, clubes, hospitales o efectores sanitarios privados, siempre que el hecho no constituya delito, la sanción se elevará al doble en su mínimo y máximo.

Art. 110- Cuidado de la higiene en bienes privados y públicos. El que depositare, arrojaré o acumulare escombros, residuos o basura de cualquier naturaleza u origen, domiciliarios o no, en lugares privados o públicos no habilitados al efecto por la autoridad competente, será sancionado con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta doce (12) días y quince (15) días de trabajo comunitario.

Art. 111- Invasión de ganado en campo ajeno. El ganado mayor y/o menor, cuando por culpa o abandono del dueño o por la culpa de sus empleados o encargados de su custodia, entrare en heredad ajena, alambrada o cercada y causare algún daño, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta un mil (1.000) U.F..

La sanción será de arresto desde diez (10) días hasta treinta (30) días, cuando el ganado hubiere sido introducido voluntariamente en la heredad ajena.

Art. 112- Inhumación, exhumación y profanación de cadáveres. El que inhumare o exhumare clandestinamente un cadáver, lo profanare, sustrajere o dispersare cenizas o restos humanos, violare un sepulcro, alterare o suprimiere la identificación de una sepultura, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días.

Si el infractor fuere un empleado público la sanción se elevará al doble.

Art. 113- Apuestas. El responsable, administrador, explotador, operador o el que organizare por sí o a través de terceros, un evento público o de acceso público donde se realicen apuestas no autorizadas, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta veinte (20) días.

El que en una sala de juegos de azar y/o en un evento en el que se realicen apuestas permitidas, ofreciere al público en general o a alguna persona en particular dinero destinado a ser usado en apuestas, será sancionado con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta siete mil (7.000) U.F. o arresto de treinta (30) días.

El que realizare apuestas no autorizadas en eventos públicos o de acceso público, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta doce (12) días.

El que realizare apuestas en juegos de azar no autorizados, será sancionado con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta diez (10) días.

Art. 114- Carreras de animales no autorizadas. El responsable, administrador, explotador, apostador y el que organizare por sí o a través de terceros, carreras de animales no autorizadas, siempre que el hecho no constituyere delito, será sancionado con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto de treinta (30) días.

Cuando se cobrare al público en general o a personas en particular para ingresar al lugar donde se lleve a cabo la carrera no autorizada, la pena se elevará al doble en su mínimo y en su máximo.

Art. 115- Conducta sospechosa. El que evidenciare una conducta sospechosa por encontrarse en inmediaciones de viviendas, edificios o vehículos -con o sin moradores u ocupantes- sea escalando cercas, verjas, tapias, sobre los techos o mostrando signos de haberlo hecho o intentando hacerlo o manipulando picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas o que fingiere actividad a los efectos de observar bienes o personas determinadas, o circular en cualquier tipo de medio de transporte reiteradamente por los mismos sitios, atentando contra la tranquilidad social; o persiguere de una manera persistente y ostensible a un transeúnte sin una razón atendible; siempre que el hecho no constituya delito, será sancionado con multa desde novecientas (900) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde nueve (9) días hasta doce (12) días.

Art. 116- Adquisición de cosas de procedencia sospechosa. El que adquiriere o recibiere por cualquier título cosas que, por su calidad o por las condiciones del que las ofrece, o por el precio, tuviere motivo para sospechar que provienen de un delito, será sancionado con multa desde cuatro mil (4.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde cuarenta (40) días hasta sesenta (60) días.

Se presumirá que no se ha verificado la legítima procedencia de la cosa, en el supuesto del párrafo anterior, cuando no contare el adquirente con la factura original de compra y recibo en donde se especifiquen los datos personales del vendedor: nombre y apellido, número de documento que acredite identidad, domicilio real, precio de compra, lugar, fecha y descripción de la cosa adquirida y demás requisitos legales vigentes de emisión de estos comprobantes o que no pudiere demostrar la legalidad de su procedencia.

Art. 117- Protección de bienes públicos. El que manchare, ensuciare, fijare carteles, dibujare cualquier anuncio, leyenda o expresiones en columnas de alumbrado, en paredes, puertas, ventanas y cerramientos

metálicos de edificios públicos, en rutas, puentes, parques, jardines, paseos y arbolado público o en vehículos oficiales o acampare en lugares no habilitados por la autoridad competente a tal efecto, será sancionado con multa desde novecientas (900) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde nueve (9) días hasta doce (12) días y veinte (20) días de trabajo comunitario.

Si las contravenciones se realizaren en escuelas públicas, institutos públicos, monumentos históricos, patrimonios culturales e históricos y artísticos, centros de deportes, estadios, hospitales o efectores sanitarios públicos, la sanción se elevará al doble en su mínimo y máximo.

Si las contravenciones se realizaren en señales de tránsito, pavimento de rutas, avenidas o calles, cordones de vereda, rampas, y en lugares que impidan la visibilidad de los semáforos o que puedan poner en peligro la seguridad vehicular o de las personas, causando distracción en la atención de los conductores, la sanción se elevará al triple en su mínimo y máximo.

TÍTULO V CONTRAVENCIONES CONTRA LA SALUD, SANIDAD E HIGIENE

Art. 118- Dejar a menores de edad en un vehículo automotor, sin el cuidado de una persona responsable. El que dejare en el interior de un vehículo automotor o similar a un menor de ocho (8) años de edad, sin el cuidado de una persona responsable, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta novecientas (900) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta nueve (9) días o trabajo comunitario desde doce (12) días hasta treinta y seis (36) días.

El máximo de la sanción prevista se duplicará cuando el vehículo se encontrare encendido o cuando las condiciones externas o internas importen un mayor riesgo para la integridad física del menor.

El personal policial interviniente deberá disponer las medidas razonablemente necesarias para asegurar la protección integral del menor.

Art. 119- Omisión de vacunación. Los padres, tutores, curadores o guardadores que omitieren su obligación de que sus hijos o menores a su cargo reciban la vacunación obligatoria, incluidas en el calendario nacional (Ley Nº 22.909), serán sancionados con multa desde doscientas (200) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto de cinco (5) días o su equivalente en trabajo comunitario en centros asistenciales u hospitales públicos para menores de edad.

Los efectores de salud (público o privado) y todo agente o funcionario público que tuvieren conocimiento de la vulneración del derecho a la vacunación de menores, deberán comunicar dicha circunstancia a la autoridad administrativa local. El que omitiere dicha comunicación será sancionado con el doble de lo previsto en el párrafo anterior.

La reincidencia en la contravención implicará el aumento de la sanción al triple en su mínimo y máximo.

Art. 120- Suministro de bebidas alcohólicas, tabaco y/o estupefacientes a menores de edad. El que vendiere, suministrare facilitare o permitiere a menores de edad el consumo de bebidas alcohólicas, estupefacientes o tabaco o productos industriales o farmacéuticos de los que emanen gases o vapores tóxicos que al ser inhalados o ingeridos sean susceptibles de producir trastornos de conducta y daños en la salud serán sancionados con multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde veinte (20) días hasta sesenta (60) días.

La sanción se elevará al doble si se tratare de menores de catorce (14) años de edad.

Siempre corresponderá el decomiso de las bebidas alcohólicas, tabaco o sustancias existentes.

En los casos que el suministro sea en locales comerciales, como sanción accesoria se procederá a la clausura del establecimiento por treinta (30) días.

Art. 121- Permanencia de menores de edad en lugares no autorizados. El que permitiere la presencia o permanencia de menores de edad en establecimientos y horarios destinados a mayores de edad, aún cuando lo hicieren acompañados de sus padres, tutores o guardadores, serán sancionados con un mil (1.000) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta treinta (30) días y la clausura del establecimiento por treinta (30) días.

Art. 122- Venta de bebidas alcohólicas fuera de horario legalmente establecido. El que encontrándose habilitado para la venta de bebidas alcohólicas no cumpliera con la limitación horaria para su venta, conforme las condiciones establecidas en la legislación especial, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta treinta (30) días, y la clausura del establecimiento por treinta (30) días. Si además, el establecimiento no estuviere habilitado, la sanción se duplicará al doble en sus máximos y mínimos.

Art. 123- Agravante. La reincidencia en las contravenciones de los artículos 120, 121 y 122 elevará las sanciones al triple en su mínimo y máximo y la clausura definitiva del local.

Art. 124- Bañarse en cauces de agua no autorizados para ese fin. El que usare para bañarse cauces de agua, canales de riego, represas, diques derivadores, tomas y cualquier obra hidráulica de la Provincia, no autorizado para ello por la autoridad correspondiente, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta quinientas (500) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta cinco (5) días, o trabajo comunitario de cinco (5) días.

Si el que realizare la conducta descrita en el párrafo anterior fuese menor de edad, los padres, tutores o cuidadores de los mismos que hubieren omitido cumplir con el deber de vigilancia, serán sancionados con la misma sanción prevista para el tipo contravencional.

Art. 125- Maltrato a personas adultas mayores. El que maltratare, insultare o no le brindare un trato digno a las personas adultas mayores, tanto en el ámbito familiar como en las residencias, los hospitales y los centros geriátricos, no respetando su dignidad, sus creencias, intimidad, sexo, raza o procedencia étnica, minusvalía o situación económica, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde cuatro (4) días hasta doce (12) días; la misma pena se aplicará a quien permitiere estas conductas.

Si el maltrato hacia las personas adultas mayores proviniese de empleados o funcionarios de las reparticiones públicas, incluidos los profesionales, cualquiera sea su especialidad (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, entre otros) la sanción se duplicará en su mínimo y en su máximo.

Art. 126- Omisión de custodia de personas con discapacidad. El encargado de la guarda o custodia de una persona con discapacidad que pueda ser peligrosa para sí o para terceros, y que deambulare por sitios públicos sin la debida vigilancia, o que no diere aviso a la autoridad cuando se sustrajere a su custodia, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) hasta un mil (1.000) o arresto desde cuatro (4) días hasta diez (10) días.

Si el encargado de la guarda o custodia fuere un empleado público o de un establecimiento autorizado la sanción se elevará al doble en sus mínimos y máximos.

Art. 127- Cuidado de la higiene de lugares públicos. El que depositare, arrojare o acumulare escombros, residuos o basura de cualquier naturaleza u origen, domiciliarios o no, en lugares públicos no habilitados al efecto por la autoridad competente, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil seiscientas (1.600) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta dieciséis (16) días, y veinte (20) días de trabajo comunitario.

Lo dispuesto precedentemente será sin perjuicio de lo que dispongan las ordenanzas municipales al respecto.

Art. 128- Depósito no habilitado de residuos. El propietario, locatario, poseedor o responsable de un inmueble, público o privado, que lo destinare al depósito, separación y/o recuperación de residuos domiciliarios, industriales o escombros sin la correspondiente habilitación o sin realizar el tratamiento sanitario exigido será sancionado, con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta treinta (30) días.

El funcionario público que contraveniendo la normativa en la materia autorice el depósito de dichos residuos, será sancionado con el doble de la sanción establecida en el párrafo anterior.

Art. 129- Arrojo de residuos patogénicos y farmacéuticos. El que, sin ser generador u operador de residuos patogénicos y/o farmacéuticos conforme la Ley Nº 7.168, decreto, normas reglamentarias, complementarias, modificatorias o sustitutivas de las mismas, arrojare dichos residuos en lugares públicos o abiertos al público no habilitados al efecto, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil seiscientas (1.600) U.F. o arresto de diez (10) días o trabajo comunitario en centros asistenciales.

Art. 130- Arrojo de líquidos cloacales. El que arrojare líquidos cloacales en la vía pública o permitiere el desborde de cámaras sépticas o pozos ciegos, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta ocho (8) días.

Art. 131- Objetos Suspendidos Peligrosos. El que colocare o suspendiere cosas u objetos de forma que puedan caer sobre personas u ocasionar accidentes será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F.

Art. 132- Pirotecnia. El que expendá o venda al público en general, bajo cualquier modalidad de contratación, pirotecnia y/o cohetería de uso prohibido conforme Anexo I de la Ley Nº 8.632, será pasible de sanción de multa desde dos mil (2.000) U.F. hasta nueve mil (9.000) U.F. o arresto desde veinte (20) días hasta noventa (90) días.

Si el acto especificado en el párrafo anterior se hiciere con artificios de pirotecnia y/o cohetería clandestina, el infractor será pasible del triple de las sanciones dispuestas en el párrafo anterior, más el decomiso y la clausura.

El que accionara y/o utilizara, tuviere en su poder y/o acopiara artefactos de pirotecnia o cohetería de uso prohibido, será pasible de veinte (20) días hasta noventa (90) días de arresto, y decomiso de los que tuviere en su poder, debiendo el Juez ordenar su destrucción inmediata.

La sanción se elevará al doble en su mínimo en caso de reincidencia.

Art. 133- Suministro de pirotecnia a menores. El que infringiendo la prohibición del artículo anterior vendiere, suministrare o facilitare a cualquier título elementos de pirotecnia prohibida a menores de edad, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta siete mil (7.000) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta setenta (70) días.

Art. 134- Omisión del deber de vigilancia de padres, tutores o cuidadores. Los padres, tutores o cuidadores de menores de edad que omitieren cumplir con el deber de vigilancia permitiendo la adquisición y/o el uso de elementos de pirotecnia prohibida, serán sancionados con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta sesenta (60) días.

TÍTULO VI CONTRAVENCIONES CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD DE LOS ANIMALES

Art. 135- Peligro de incendio y humo. Los que sin causar incendio encendieran fuego en zona urbana o rural, en los caminos y en zonas de esparcimiento -públicas o privadas-, en calles, acequias, puentes, banquetas o basurales, sea quemando hojas, ramas, madera, basura, y/o cualquier otro material susceptible de ser incinerado, sin observar las precauciones necesarias para evitar su propagación, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta cincuenta (50) días.

En la misma pena incurrirá el que provocare humo o efluvios molestos derivados, aún cuando no hubiere riesgo de propagación.

Art. 136- Depredación contra la flora. El que por cualquier modo destruyere o depredare la flora silvestre en su función natural dentro del ecosistema, en lo concerniente al aprovechamiento, tenencia, tránsito, comercialización, industrialización, importación y exportación de ejemplares, productos y/o subproductos de las especies naturales autóctonas u ocasionare la alteración sustancial del área natural protegida en su conjunto o de sus condiciones ecológicas, previo informe de la autoridad de aplicación, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta cuatro mil (4.000) U.F. o arresto desde quince (15) días hasta cuarenta (40) días y como obligación de conducta la realización de cursos sobre medio ambiente, a cargo de la Secretaría de Ambiente o el organismo que en el futuro la reemplace. Siempre corresponderá el decomiso.

Lo establecido en el presente artículo es sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa especial vigente en la materia.

Art.137- Destrucción o Perjuicio al Arbolado Público. Cuando se detectare una conducta sancionada por la Ley Nº 7.874, que por su gravedad justifique la aplicación de una pena más gravosa que la multa, la autoridad de aplicación podrá remitir compulsas de las actuaciones a fin de que el Juez Contravencional aplique la sanción de arresto, que no podrá ser superior a treinta (30) días, debiendo fijarse además como obligación de conducta la realización de cursos sobre medio ambiente, a cargo de la Secretaría de Ambiente o el organismo que en el futuro la reemplace.

Art. 138- Obstrucción, alteración o deterioro de los cauces de agua. El que mediante cualquier tipo de actividad intentare entorpecer el normal discurrimento de las aguas por los canales de la red de riego de la Provincia o alterar el curso de las mismas, arrojando objetos, desviándolas, o deteriorando las obras de toma, los taludes de los canales, las compuertas o cualquier obra hidráulica de conducción de las mismas, o el que arrojaré vertidos con compuestos químicos tóxicos y contaminantes a los cauces de agua, será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o arresto de diez (10) días, imponiéndosele además la obligación de realizar cursos sobre medio ambiente, a cargo de la Secretaría de Ambiente o el organismo que en el futuro la reemplazare.

Art. 139- Falta de cuidado de animales domésticos. El que dejare encerrado en el interior de un vehículo automotor o similar a un can u otro animal doméstico, sin el cuidado de una persona responsable, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta novecientas (900) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta nueve (9) días o trabajo comunitario en centros de protección de animales desde doce (12) días hasta treinta y seis (36) días. La sanción se duplicará en su mínimo y máximo cuando el encierro provocare riesgo para la integridad física del animal o muerte.

Art. 140- Maltrato contra un animal doméstico o silvestre. El que cometiere acto de maltrato contra un animal domestico o silvestre será sancionado con multa de ochocientas (800) U.F. hasta mil (1.000) U.F. o arresto de quince (15) días a treinta (30) días. Se aumentará la multa en mil quinientas (1.500) U.F. hasta cuatro mil (4000) U.F. o arresto de quince (15) días a cuarenta (40) días si el acto fuere de crueldad.

Art. 141- Caza furtiva, transporte y/o venta o tráfico de animales silvestres. El que realizare caza furtiva, sea con arma o con trampas u otro modo específico, será sancionado con multa de mil quinientas (1.500) U.F. hasta cuatro mil (4.000) U.F. o arresto de quince (15) días a cuarenta (40) días. En la misma pena incurrirá el que transportare y/o vendiere o traficare animales silvestres.

Art. 142- Abandono de animales domésticos. El que abandonare a animal doméstico, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta diez (10) días.

Art. 143- Criaderos de animales, guarderías o pensionados caninos. Los que tuvierén criaderos de animales, guarderías o pensionados de canes no inscriptos en la Municipalidad ni habilitados por ésta a tal efecto, serán sancionados con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta quince (15) días.

LIBRO TERCERO PROCEDIMIENTO

TÍTULO I PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL

Art. 144- Jurisdicción. La jurisdicción de los Juzgados Contravencionales del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza es improrrogable.

Art. 145- Jueces Contravencionales. Designación. Los Jueces Contravencionales serán designados conforme el artículo 150 de la Constitución Provincial y deberán cumplimentar las condiciones requeridas por el artículo 155 de la citada norma legal.

Las disposiciones constitucionales y legales aplicables a los Jueces de Paz Letrados referentes a designación, remoción, inamovilidad, incompatibilidades, integración y régimen administrativo, le serán aplicables a los titulares de los Juzgados Contravencionales del Poder Judicial de Mendoza.

Art. 146- Concurso. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional. No hay concurso ideal entre delito y contravención.

Art. 147- Querellante y Actor Civil. En el proceso contravencional no se admitirá querrela particular ni constitución de actor civil en representación de la víctima. Tampoco tendrá intervención el Ministerio Público Fiscal.

Art. 148- Promoción de la Acción. Toda contravención dará lugar a una acción pública. El Juez Contravencional tomará intervención de oficio o por simple denuncia verbal o escrita.

Podrán aplicarse a este proceso la solución de conflicto y los criterios de oportunidad previstos en el Código Procesal Penal.

Art. 149- Aprehensión. Los oficiales y auxiliares de la Policía de la Provincia de Mendoza deberán aprehender aún sin orden judicial, al que sea sorprendido in fraganti en la comisión de una infracción, cuando ésta sea de efecto continuado o cuando se diera a la fuga inmediatamente después de intentar su comisión o de haberla cometido.

Art. 150- Contraventor privado de libertad. Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en una contravención permanecerá en libertad durante el proceso. La privación de libertad no podrá exceder de doce (12) horas. Ningún detenido por contravención puede ser incomunicado.

El infractor aprehendido podrá recuperar la inmediata libertad fijando domicilio en la Provincia y depositando la caución que fije el Magistrado, teniendo en cuenta la multa establecida para la infracción. Si procede la caución, la retención del infractor sólo se hará por el tiempo imprescindible para dar cumplimiento al artículo 152.

Cuando el contraventor aprehendido no fijare domicilio en la Provincia o registrare medidas pendientes privativas de libertad, la autoridad policial actuante deberá de inmediato comunicar tal situación al Juez Contravencional quien ordenará las medidas que considere pertinentes, además de la caución prevista en el párrafo anterior.

Art. 151- Denuncia. La denuncia será oral o escrita, ante la autoridad policial, municipal, o judicial con competencia contravencional y deberá utilizarse preferentemente medios tecnológicos o informáticos. En todos los casos el denunciante deberá identificarse fehacientemente.

Art. 152- Registración de denuncia. Requisitos. El funcionario policial, municipal o judicial interviniente recibirá la denuncia, la que deberá contener los siguientes requisitos como mínimo:

- a) lugar y fecha de la recepción de la denuncia, agregando nombre completo del funcionario y cargo;
- b) lugar, fecha y hora de la comisión del hecho punible;
- c) naturaleza y circunstancias del hecho, características de los elementos o instrumentos empleados para cometer la contravención;
- d) disposición legal presuntamente infringida;
- e) nombre, domicilio, número de teléfono fijo y/o celular del presunto autor, si fuese posible determinarlos;
- f) nombre, domicilio, número de teléfono fijo y/o celular del denunciante y de los testigos si los hubiese;
- g) mencionar todos los elementos probatorios existentes;
- h) informar los bienes secuestrados en detalle, si los hubiere;
- i) informar si se han tomado fotografías;
- j) en caso de labrarse acta escrita deberá cerrarse el acta con la firma del funcionario actuante con aclaración del nombre y cargo.

Art. 153- Instrucción sumarial. Las autoridades policiales y municipales con jurisdicción en el lugar de comisión de la contravención, serán competentes para realizar la instrucción sumarial conforme el artículo 154.

Art. 154- Actuaciones sumariales. El funcionario policial o municipal a cargo de la instrucción sumarial solicitará telefónicamente instrucciones al Juez Contravencional en turno y procederá conforme el artículo 152.

Posteriormente, una vez cumplidas las medidas ordenadas por el Juez, remitirá las actuaciones al Juzgado Contravencional, dentro de las primeras (6) seis horas de oficina.

Art. 155- Notificación. A todo infractor, aprehendido o no, se le hará saber por escrito el Juzgado Contravencional a cuya disposición se encuentra y la contravención que se le imputa, como así también que debe permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.

Art. 156- Procedimiento en Sede Judicial. Recibida la denuncia en sede judicial o recepcionadas las actuaciones sumariales, el Juez Contravencional dispondrá por decreto las medidas a realizar. Cumplidas las mismas el Juez ordenará que el contraventor comparezca a su presencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles a fin de ser escuchado.

Si el infractor no compareciere, será citado con auxilio de la fuerza pública.

Si el imputado compareciere y se abstuviere de declarar o negare su culpabilidad o no solicitare la aplicación de algún principio de oportunidad, el Juez convocará inmediatamente a juicio al imputado, funcionarios actuantes y testigos indicados, fijando una audiencia de debate que se celebrará en el término de tres (3) días. Al infractor se le hará saber que puede concurrir con defensor letrado particular, si no prefiriese defenderse personalmente.

Art. 157- Solución de conflicto. Cuando se encontraren ambas partes y se arribare a una solución de conflicto (Art. 5º C.P.P.), se dejará constancia y el Juez ordenará la extinción de la acción contravencional.

Art. 158- Fracaso de la solución de conflicto. Cuando no se hubiere arribado a una solución de conflicto, se dejará constancia y se efectuará la imputación. Una vez recibida la declaración, y si no fuere necesario realizar medidas probatorias, se realizará el debate en forma inmediata.

Art. 159- Producción de Pruebas. En caso de ser necesario producir pruebas, se dispondrá el diligenciamiento de las mismas en un plazo no superior a cinco (5) días, vencido el cual el Juez fijará audiencia de debate la que se celebrará en el término de tres (3) días.

Art. 160- Juicio. El juicio será oral y público, debiendo utilizarse en las audiencias sistemas de videograbación.

El Juez fallará conforme al principio de la sana crítica racional.

Art. 161- Audiencia de debate. Abierto el acto por el Juez -el día y hora fijados- se dará inicio a la audiencia de debate, la cual no podrá extenderse por más de 30 (treinta) minutos y será grabada en audio y video. Se oirá en primer lugar al imputado, y luego al denunciante, posteriormente a los testigos si los hubiere, y finalmente se incorporará la prueba instrumental si la hubiere. En los casos de existir Defensor, se lo escuchará, luego se invitará al imputado a que manifieste si desea agregar algo. Acto seguido el Juez dictará la parte dispositiva de la sentencia, dando por finalizada la audiencia. Los fundamentos de la sentencia pueden ser leídos en el acto o diferir la lectura de los mismos conforme al Art. 412 del C.P.P.

Art. 162- Recursos. Contra la sentencia dictada de conformidad a los artículos anteriores, no procederá ningún recurso salvo los de Inconstitucionalidad y Revisión. El Recurso de Inconstitucionalidad deberá ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días, en los casos y con los recaudos establecidos en el C.P.P.

Art. 163- Non bis in idem. Nadie puede ser encausado más de una vez por una misma contravención.

Art. 164- In dubio pro reo. En toda sentencia, en caso de duda, deberá estarse a lo que sea más favorable al contraventor.

TÍTULO II PROCEDIMIENTO COMO TRIBUNAL DE ALZADA

Art. 165- Competencia. El Juzgado Contravencional interviene como Tribunal de Alzada en los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito, de la Unidad de Resoluciones Viales y de los Juzgados de Faltas Municipales (Ley 9.024 y Ley 1.079). El recurso es suspensivo, salvo en la sanción de multa.

Art. 166- Asistencia Letrada. En la Alzada los infractores podrán ser asistidos por un abogado de la matrícula, si no manifestaren defenderse personalmente.

Art. 167- Admisión Formal. Recibida la causa, el Juez deberá expedirse en el término de dos (2) días sobre la admisión formal, y si hubiere sido mal concedido lo devolverá sin más trámite, previa notificación al interesado, estableciendo cuál de los recaudos previstos en la Ley ha sido incumplido.

En el caso de ofrecerse prueba pericial deberá constar su existencia en el escrito recursivo, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de dicha prueba, debiendo acompañarse en la audiencia fijada conforme el artículo 168.

Art. 168- Procedimiento. Si el recurso fuese formalmente procedente, el Juez Contravencional inmediatamente fijará una audiencia oral a realizarse en el plazo de tres (3) días, citando al apelante para que comparezca.

Art. 169- Audiencia. El Juez declarará abierta la audiencia, la que será registrada mediante videograbación para que el interesado informe oralmente, luego examinará los elementos probatorios acompañados. Esta audiencia podrá suspenderse por el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas cuando sea necesario realizar inspección ocular en el lugar de los hechos, o cuando se haya acompañado pericia mecánica u otra medida probatoria fuera del Tribunal. Rendidas las pruebas, el Juez dictará resolución en forma breve y oral, pudiendo agregar los fundamentos dentro de los cinco (5) días, quedando las partes notificadas en la audiencia. Luego el Juez dará por finalizada la misma.

Art. 170- Incomparecencia del apelante. La incomparecencia del apelante o de su representante legal a la audiencia de sustanciación importará tener por desistido el recurso y por firme la resolución impugnada.

Art. 171- Sentencia. El fallo que dicte el Tribunal de Alzada no podrá agravar la pena impuesta por quien dictó la resolución apelada.

En casos de admitirse agravios de nulidad, el Juez dictará resolución sobre el fondo de la cuestión en base a los elementos probatorios válidos existentes.

Art. 172- Recursos. Contra la resolución del Tribunal de Alzada solo podrán interponerse los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Revisión, con la salvedad de que el plazo para la interposición del primero de ellos será de cinco (5) días.

Art. 173- Querellante y Actor Civil. Rige el artículo 147 del procedimiento contravencional, en los procesos de Alzada.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Art. 174- Transfórmense en la Primera Circunscripción Judicial los Juzgados de Paz Letrado de Rodeo de la Cruz, Villa Nueva, Uspallata, Costa de Araujo, Lavalle, Chacras de Coria, Luján de Cuyo, Fray Luis Beltrán y Maipú en sendos Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales de la Primera Circunscripción Judicial.

Art. 175- Modifícase la denominación de los siguientes Juzgados de la Primera Circunscripción Judicial: el Primer Juzgado de Faltas se denominará Juzgado Contravencional Nº 1 y el Segundo Juzgado de Faltas se denominará Juzgado Contravencional Nº 2.

Art. 176- Transfórmense en la Segunda Circunscripción Judicial los Juzgados de Paz Letrado de General Alvear, Bowen, Monte Coman, Real del Padre y Villa Atuel en sendos Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales.

Art. 177- Modifícase la denominación del Juzgado de Faltas de San Rafael en la Segunda Circunscripción Judicial, el que se denominará Juzgado Contravencional de San Rafael.

Art. 178- Transfórmense en la Tercera Circunscripción Judicial los Juzgados de Paz Letrados de Junín, La Paz, Palmira, La Dormida, Santa Rosa, Las Catitas y Rivadavia en sendos Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales.

Art. 179- Modifícase la denominación del Juzgado de Faltas de San Martín en la Tercera Circunscripción Judicial, el que se denominará Juzgado Contravencional de San Martín.

Art. 180- Transfórmense en la Cuarta Circunscripción Judicial los Juzgados de Paz Letrados de Tunuyán, La Consulta, San Carlos y Tupungato en sendos Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales.

Art. 181- El Juzgado Contravencional Nº 1 y Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial entenderán en todos los hechos ocurridos en el territorio de la Circunscripción, excepto en el territorio en que tienen jurisdicción los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales.

Art. 182- Los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales de la Primera Circunscripción Judicial entenderán en todos los hechos ocurridos en el territorio de su distrito.

Art. 183- El Juzgado Contravencional de San Rafael entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio de la Segunda Circunscripción Judicial, excepto en el territorio en que tienen jurisdicción los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales, de la misma Circunscripción Judicial.

Art. 184- Los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales de la Segunda Circunscripción Judicial entenderán en todos los hechos ocurridos en el territorio de su distrito.

Art. 185- El Juzgado Contravencional de San Martín entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio de la Tercera Circunscripción Judicial, excepto en el territorio en que tienen jurisdicción los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales de la misma Circunscripción Judicial.

Art. 186- Los Juzgados de Paz Letrados y Contravencionales de la Tercera Circunscripción Judicial entenderán en todos los hechos ocurridos en el territorio de su distrito.

Art. 187- El Juzgado de Paz Letrado y Contravencional de Tunuyán, en la Cuarta Circunscripción Judicial, entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio del Departamento de Tunuyán.

Art. 188- El Juzgado de Paz Letrado y Contravencional de Tupungato, en la Cuarta Circunscripción Judicial, entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio del Departamento de Tupungato.

Art. 189- El Juzgado de Paz Letrado y Contravencional de San Carlos, en la Cuarta Circunscripción Judicial, entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio del Departamento de San Carlos, excepto en el territorio en que tiene jurisdicción el Juzgado de Paz Letrado y Contravencional de La Consulta.

Art. 190- El Juzgado de Paz Letrado y Contravencional de La Consulta, en la Cuarta Circunscripción Judicial, entenderá en todos los hechos ocurridos en el territorio de su distrito.

Art. 191- Sustitúyense del artículo 6º, los incisos a), b) y e), de la Ley Nº 8.611, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

“...a) Huellas genéticas asociadas a la evidencia que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación policial y/o judicial; o en un proceso penal y/o contravencional y que no se encontraren asociadas a persona determinada.

b) Huellas genéticas de las víctimas de un delito o contravención obtenidas en un proceso penal o contravencional en el curso de una investigación policial y/o judicial en la escena del crimen, siempre y que expresamente la víctima no se hubiese opuesto a su incorporación.

e) Huellas genéticas de persona imputada, procesada o condenada en un proceso penal o contravencional y/o huellas que se encontraren asociadas a la identificación de las mismas, así como de menores cuya responsabilidad penal haya sido declarada y de personas a quienes no se condenó por mediar una causa de inimputabilidad”.

Art. 192- Sustitúyese el artículo 148 de la Ley Nº 1.079, el que quedará redactado de la siguiente manera:

” Art. 148- Contra la Resolución condenatoria dictada por el Juez de Faltas Municipal podrá interponerse Recurso de Apelación dentro de los tres (3) días hábiles contados desde su notificación. La apelación deberá interponerse ante la autoridad que dictó la misma, mediante escrito fundado, en el que deberá ofrecerse toda la prueba que haga a la defensa, acompañando el comprobante de pago del importe de la multa, si esa fuese la sanción, y constituir domicilio especial, dentro del radio del Juzgado, a los fines de la alzada.”

La falta de fundamentación del recurso de apelación, o la omisión de constituir domicilio especial para la alzada, o de acompañar el comprobante de pago del importe de la multa, si esa fuese la sanción, determinarán la inadmisibilidad formal del recurso, que será dispuesta por la misma autoridad que dictó la resolución apelada, debiendo notificarse al apelante en forma electrónica, mensajería telefónica digital instantánea, mensaje de texto, telefónica o por medios equivalentes.

Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en los Estrados del Tribunal. Admitido que sea el recurso, el expediente se elevará de inmediato al Juez Contravencional en turno al momento del hecho.”

Art. 193- Sustitúyese el artículo 98 de la Ley Nº 9.024, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 98- Serán de aplicación supletoria del presente Título los principios generales contenidos en el Código Penal Argentino en su parte general, el Código Contravencional de la Provincia de Mendoza y el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.”

Art. 194- Derógase la Ley Nº 3.365.

Art. 195- Derógase el inciso e) del Art. 69 y el Art. 74 de la Ley Nº 6.045.

Art. 196- Derógase el artículo 75 de la Ley Nº 7.874.

Art. 197- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, salvo lo dispuesto en los artículos 174, 176, 178, 180 y 182 al 190, los que entrarán en vigencia a partir del 01 de diciembre de 2018. La Corte de Justicia de la Provincia deberá organizar jornadas de capacitación para magistrados, personal del Poder Judicial, conforme a las prescripciones de este Código.

Art. 198- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN EL RECINTO DE SESIONES DE LA HONORABLE LEGISLATURA, en Mendoza, a los dos días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

ING. LAURA G. MONTERO. DR. NÉSTOR PARÉS. DRA. ANDREA JULIANA LARA. DRA. MARÍA CAROLINA LETTRY

LEY 9024.

MENDOZA, 28 de Noviembre de 2017

Boletín Oficial, 01 de Diciembre de 2017

Vigente, de alcance general

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

*ART. 1: esta Ley regula el uso de la vía pública, circulación de personas, vehículos terrestres y animales, la seguridad, infraestructura vial y el medio ambiente, en cuanto fueran causa del tránsito, excluidos los ferrocarriles, con el objeto de proteger la vida y la seguridad vial de las personas".

Art. 2°- Será ámbito de aplicación el territorio de la Provincia de Mendoza, incluidas las vías de circulación vehicular del dominio Nacional que se desarrollan dentro de los límites del Territorio de la Provincia.

Art. 3°- La libertad de circulación en toda la Provincia es la regla.

Queda prohibida la retención o demora del conductor, de su vehículo, de la documentación de ambos o de la licencia habilitante, por cualquier motivo, excepto en los casos expresamente contemplados por esta ley o lo ordenado por Juez competente.

Art. 4°- La presente ley tiene los siguientes fines:

- a) Evitar colisiones, lesiones y muertes en el territorio de la Provincia de Mendoza y propender a la movilidad segura;
- b) Promover la seguridad vial como aspecto fundamental de la salud pública y del desarrollo;
- c) Dar fluidez al tránsito, tendiendo al máximo aprovechamiento de las vías de circulación;
- d) Preservar el patrimonio vial y vehicular de la Provincia;
- e) Educar y capacitar para el correcto uso de la vía pública;
- f) Disminuir la contaminación del medio ambiente;
- g) Promover la incorporación de vehículos con tecnologías de energías alternativas.

TÍTULO II. AUTORIDADES DE APLICACIÓN.

Art. 5°- El cumplimiento y la aplicación de esta ley y de sus reglamentaciones estarán a cargo de la Dirección de Seguridad Vial dependiente del Ministerio de Seguridad, de las Direcciones de Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial y de Transporte, dependientes de la Secretaría de Servicios Públicos, de la Dirección Provincial de Vialidad y de los Municipios, en las condiciones previstas en la presente ley.

Art. 6°- Los Municipios, dentro de los límites de sus respectivas jurisdicciones y de conformidad con las facultades otorgadas por el inciso 3 del Art. 200 de la Constitución Provincial y en ejercicio del poder de policía que le es propio, deberán:

a) Dictar las Ordenanzas sobre la materia en cuestiones de índole local, siempre y cuando las mismas no se contrapongan con el sistema vial interjurisdiccional tanto Provincial como Nacional.

"b) 6. Dispositivos de movilidad personal." 1. Motocicletas y automóviles de uso particular u oficial, incluyendo dentro de estos últimos las flotas de vehículos pertenecientes a reparticiones públicas;

2. Automóviles afectados al transporte público de pasajeros, taxis, remises y motocicletas afectadas al reparto de mercaderías o papelería comercial;

3. Autobuses, Minibuses o Combis urbanos afectados al transporte de pasajeros;

4. Camiones medianos afectados al reparto y distribución urbana de mercaderías, correo o carga general.

5. Los que determine la reglamentación.

c) Fomentar el desplazamiento peatonal y el uso de la bicicleta como medio habitual de transporte.

d) Procurar la planificación y construcción de una red de ciclovías o sendas especiales para la circulación peatonal, de bicicletas o similares, cuyos conductores estarán obligados a utilizarlas.

e) Poseer el espacio físico adecuado para el alojamiento de los vehículos retenidos por infracciones o accidentes viales.

f) Gestionar el cobro de los daños causados a la infraestructura vial municipal, como consecuencia de accidentes de tránsito.

Art. 7°- Los Municipios ejercerán la función jurisdiccional vial que esta norma establece, conforme a las facultades conferidas por el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución Provincial. Los Municipios deberán implementar los Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito y los Cuerpos Municipales de Tránsito en un plazo de 12 meses, desde la entrada en vigencia de la presente ley. Se afectarán para ello los fondos recaudados en cada Municipio por el Ministerio de Seguridad, en concepto de Multas por Infracciones Viales, un veinticinco por ciento (25%), una vez deducidos los gastos de recaudación, cubiertos los gastos

operativos y contratos vigentes del Ministerio de Seguridad. La presente afectación tendrá una duración máxima de doce (12) meses, a partir de la vigencia de esta Ley.

Los fondos destinados a la creación de los juzgados Administrativos Municipales de Tránsito y Cuerpos Municipales de Tránsito conforme la afectación dispuesta en el apartado precedente, sólo podrán tener aquél destino debiendo cada Municipio rendir cuentas de ello de acuerdo a lo que fije la reglamentación.

En los casos de Distritos departamentales que se encuentren a una distancia mayor a veinticinco (25) Kilómetros de la ciudad cabecera de cada Departamento, y el Municipio se encuentre imposibilitado estructuralmente de ejercer la función jurisdiccional vial, se hará cargo la Policía de Mendoza, previo a la suscripción de convenio con el Poder Ejecutivo Provincial, en el que se establezcan y se delimiten las zonas a cubrir.

La gestión de cobro de actas por infracciones viales, constatadas por agentes municipales de tránsito o procesos, podrán ser gestionadas por terceros. Las demás atribuciones de la función jurisdiccional vial, permanecerán en la órbita del Estado.

El Ministerio de Seguridad, a través de la Dirección de Seguridad Vial, Policía Científica y el Instituto Universitario de Seguridad Pública, a partir de la sanción de la presente ley, dictará la capacitación a los Cuerpos Municipales de Tránsito, en lo relativo a su contenido y aplicación práctica ante accidentes viales. A tal efecto podrá requerir la colaboración del Ministerio Público Fiscal de la Provincia.

Art. 8°- Corresponde a la Dirección de Seguridad Vial:

- a) Organizar los registros de conductores, de infractores inhabilitados y otros que sean necesarios para sus funciones y que se determinen por reglamentación;
- b) Ejercer la representación de la Provincia ante los organismos nacionales con competencia en la materia.

Art. 9°- La Dirección de Seguridad Vial y los Municipios tendrán a su cargo:

- a) Controlar la circulación de personas y de vehículos a fin de verificar la aplicación y el cumplimiento de esta ley;
- b) Realizar las acciones tendientes a preservar la seguridad vial;
- c) Realizar los controles técnicos y mecánicos de los automotores, tendientes a mejorar la seguridad pública y disminuir los efectos contaminantes del medio ambiente;
- d) Prevenir las infracciones a las normas viales y adoptar disposiciones transitorias referidas a la circulación de personas y vehículos, cuando circunstancias de orden o de seguridad pública lo requieran;

e) Desarrollar las campañas de educación vial que permitan capacitar a la población para el correcto uso de la vía pública, según las pautas que el Poder Ejecutivo dicte en el marco de la presente ley;

f) Organizar el sistema de estacionamiento de vehículos en la vía pública;

g) Percibir íntegramente lo producido por multas y recargos por infracciones de tránsito en sus respectivas jurisdicciones.

"h) Dispondrá la reglamentación pertinente para la circulación de los dispositivos de movilidad personal".

Art. 10°- Sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 6º y 7º, asignase al personal policial, funciones auxiliares para el control y sanción de las faltas viales, las que se ejercerán conforme a la reglamentación de la presente ley y a lo que determina la Ley Nº 6.722 .

Mediante reglamentación, el Poder Ejecutivo podrá asignar al personal policial funciones auxiliares de la Dirección de Transporte, en la prevención, control y sanción de las infracciones que conciernan exclusivamente al transporte.

Art. 11- Corresponde a la Dirección de Transporte en todos los casos:

a) El ordenamiento, sistematización, reglamentación y organización del transporte de pasajeros y de cargas, y su control en lo que no concierna exclusivamente al tránsito. La planificación del mismo corresponderá a dicha Dirección, con intervención de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial.

b) La organización y contralor de los servicios públicos de transporte, de las concesiones y permisos;

c) La reglamentación de la publicidad en la vía pública y en vehículos de transporte colectivo, salvo en el ámbito de competencia municipal;

d) La demarcación y señalamiento referidos al tránsito, en las condiciones previstas por la presente ley y su anexo;

e) La revisión técnica obligatoria al transporte de pasajeros y carga;

f) El otorgamiento de la habilitación para los conductores de servicios públicos de transporte en todo lo relativo a la prestación.

g) Llevar el registro de infractores inhabilitados y otros que sean necesarios.

Art. 12- El Director de Transporte tendrá las siguientes atribuciones:

a) Dictar las resoluciones necesarias para organizar la repartición y dar cumplimiento a las funciones asignadas a ésta por el Art. 11;

- b) Ejercer el contralor permanente de los servicios públicos de transporte, concesiones, permisos y autorizaciones, conforme a las normas que los rijan;
- c) Conocer y resolver sobre las transgresiones a las disposiciones -reglamentarias o convencionales- que rijan el transporte, los servicios públicos, concesiones, permisos y autorizaciones para servicios de transporte;
- d) Adoptar las medidas de urgencia que fueren indicadas y justificadas por el estado de necesidad, conducentes a asegurar la continuidad o regularidad en la prestación de los servicios públicos de transporte;
- e) Acceder a las boleterías, oficinas y locales de las empresas que presten servicios de transporte para los cuales se requiera concesión, permiso, autorización o inscripción, con el fin de controlar el cumplimiento de las normas que los rigen; estas facultades podrán ser delegadas y deberán constar en una cláusula especial de la concesión, permiso o autorización;
- f) Podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, para el cumplimiento de sus funciones, en caso de que resulte justificado en función de la seguridad o el orden en el transporte.

Art. 13- Serán funciones de la Dirección de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial:

- a) Coordinar, impulsar y generar la implementación de políticas adecuadas de Seguridad Vial;
- "b) Realizar una coordinación efectiva y permanente en materia de Seguridad Vial y documentación electrónica de los particulares y vehículos expedida por la autoridad pertinente a través de los medios habilitados, con la Nación y con otras jurisdicciones Provinciales, a través de la Agencia Nacional de Seguridad Vial." c) Propiciar la actualización de la normativa en materia de Seguridad Vial brindando asesoramiento en el trámite previo de sanción de todo decreto del Poder Ejecutivo u ordenanza municipal que tienda al ordenamiento o regulación del Tránsito y la Seguridad Vial de personas o vehículos y en la reglamentación de la presente ley;
- d) Coordinar y organizar el asesoramiento, consulta y dictamen en materia de tránsito, en el cual deberán participar los Intendentes, Concejos Deliberantes, entidades empresarias, laborales, ecologistas y vecinales interesadas en la materia, como así también profesionales de reconocida versación en el tema;
- e) Elaborar, coordinar, supervisar y ejecutar anualmente el Plan Provincial de Seguridad Vial, para el eficaz cumplimiento de la presente ley. El mismo deberá ser comunicado al Gobernador de la Provincia y a la Honorable Legislatura de Mendoza;
- f) Promover la realización de reuniones con los Municipios, con el objeto de articular y apoyar a las respectivas áreas competentes en el desarrollo de Planes Municipales de Seguridad Vial, asegurando su

coordinación con la regulación y reglamentación Provincial y Nacional en la materia, de forma complementaria al Plan Provincial de Seguridad Vial;

g) Desarrollar las campañas de concientización y de educación vial que permitan capacitar a la población para el correcto uso de la vía pública y el respeto hacia el espacio público;

h) Organizar jornadas de capacitación para técnicos y funcionarios provinciales y municipales cuyo desempeño se vincule o pueda vincularse con la seguridad vial;

i) Suscribir convenios de colaboración con universidades públicas y/o privadas, organismos estatales y/o privados, organizaciones no gubernamentales y cualquier otra entidad, nacional y/o internacional, relacionados al objeto y funcionamiento de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, ad referendum del Poder Ejecutivo;

j) Realizar los actos útiles para la implementación, certificación y homologación de los Centros de Emisión de Licencia Nacional de Conducir propendiendo a la celebración de Convenios entre los Municipios en los que se hubiere delegado la emisión de licencias de conducir y la Agencia Nacional de Seguridad Vial;

k) Representar a la Provincia de Mendoza ante el Consejo Federal de Seguridad Vial;

l) Asegurar el funcionamiento del Observatorio Provincial de Seguridad Vial, el cual deberá:

1. Producir informaciones estadísticas y técnicas que contribuya a la investigación de las causas de accidentes y siniestros de tránsito;

2. Capacitar permanentemente e investigar, para garantizar diagnósticos oportunos y de calidad respecto a la situación de Mendoza en materia de seguridad vial;

3. Confeccionar mapas de riesgo y puntos negros en base a información estadística;

4. Establecer vínculos con el Observatorio Nacional de Seguridad Vial;

5. Propender a la integración y articulación de las distintas áreas de gobierno que tengan a su cargo registros que involucren siniestros viales y sus aspectos estadísticos.

Art. 14- Créase el Consejo Provincial de Seguridad Vial como órgano de concertación y acuerdo de la Política de Seguridad Vial de la Provincia de Mendoza, en el ámbito de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial. Éste se integrará por un representante de cada uno de los Municipios - versados en la materia -, el Director de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, el Director de Seguridad Vial, el Director de Transporte, un representante con cargo de Director por el Ministerio de Salud, Desarrollo y Deporte, un representante con cargo de Director por la Dirección General de Escuelas y dos representantes por la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza, uno por cada Cámara.

El Consejo Provincial de Seguridad Vial tendrá su sede en la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, la que brindará colaboración para su funcionamiento administrativo y técnico.

Son funciones del Consejo Provincial de Seguridad Vial las siguientes:

- a) Proponer políticas de prevención de accidentes;
- b) Aconsejar medidas de interés general según los fines de esta ley;
- c) Alentar y desarrollar la educación vial;
- d) Impulsar la ejecución de sus decisiones;
- e) Promover la creación de organismos municipales multidisciplinarios de coordinación en la materia, dando participación a la actividad privada;
- f) Fomentar y desarrollar la investigación accidentológica, promoviendo la implementación de las medidas que resulten de sus conclusiones;
- g) Actualizar permanentemente el Código Uniforme de Señalización y controlar su aplicación;
- h) Brindar asesoramiento permanente a la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial para la elaboración del Plan Anual de Seguridad Vial.

El Consejo Provincial de Seguridad Vial, en su primera asamblea ordinaria, designará un secretario administrativo y técnico y redactará el reglamento para su funcionamiento.

Art. 15- Será competencia de la Dirección Provincial de Vialidad:

- a) Todo lo concerniente a reglamentación, control y aplicación de sanciones vinculadas al peso y dimensiones de vehículos automotores de carga que circulen en las rutas Provinciales y nacionales, quedando en consecuencia dicha materia excluida del ámbito de esta ley;
- b) Gestión de cobro de los daños causados a la infraestructura vial, como consecuencia de accidentes de tránsito.

TÍTULO III LA VÍA PÚBLICA.

Art. 16- Toda obra o dispositivo que se ejecute, instale o esté destinado a surtir efecto en la vía pública debe ajustarse a las normas técnicas más avanzadas de seguridad vial, propendiendo a la diferenciación de vías para cada tipo de tránsito y contemplando el desplazamiento de personas con discapacidad.

Art. 17- La vía pública será señalizada y demarcada conforme al Anexo II de esta ley y al sistema uniforme que se reglamente de acuerdo con los convenios nacionales e internacionales vigentes.

Las disposiciones de carácter local, sólo serán exigibles al usuario cuando se hallen expresadas a través de las señales, símbolos y marcas del sistema uniforme de señalamiento vial.

La colocación de señales por particulares requiere autorización de la autoridad competente.

Art. 18- La libertad, seguridad o fluidez de circulación no podrá estar comprometida, por ocupación de la vía pública con cualquier carácter, sea temporal o comercial, salvo autorización municipal correspondiente, en las condiciones y con los requisitos que exijan las ordenanzas municipales.

Las movilizaciones y/o manifestaciones deberán realizarse circulando por las veredas, respetando pasos peatonales y señales ordenatorias de la circulación.

En los casos de obstáculos anormales la autoridad de aplicación sobre la vía debe actuar de inmediato según su función, coordinando con las demás dependencias u organismos competentes su accionar, a efectos de solucionar la anormalidad.

Durante la reparación o reconstrucción de una vía debe preverse un paso supletorio que garantice un tránsito similar, que no represente perjuicio o riesgo.

Las reparaciones no terminadas por el ente responsable de la obra, serán efectuadas por el encargado de la infraestructura vial, con cargo a aquél.

En los lugares de circulación suspendida o peligrosa y en cualquier situación de riesgo, la autoridad competente debe señalar el sitio sin perjuicio de adoptar las medidas para eliminar o atenuar el peligro.

Ante la disminución de la luz natural, el señalamiento se realizará con balizas de luz propia, amarilla para significar precaución y roja para indicar prohibición de avanzar.

Art. 19- Es obligatorio para los propietarios de inmuebles lindantes con la vía pública conforme lo determine la reglamentación:

a) Permitir la colocación de placas, señales o indicadores del tránsito necesarios al mismo;

b) No colocar luces ni carteles que puedan confundirse con indicadores del tránsito o que por su intensidad o tamaño puedan perturbarlo confundiendo al conductor o disminuyendo su visibilidad;

c) Mantener en condiciones de seguridad toldos, cornisas, balcones y cualquier otra saliente sobre la vía pública;

d) Colocar en las salidas a la vía pública, cuando la cantidad de vehículos lo justifique, balizas de luz amarilla intermitente, para anunciar sus ingresos y egresos;

e) Solicitar autorización para colocar inscripciones o anuncios visibles desde vías rurales o autopistas, a fin de que su diseño, tamaño y ubicación, no confundan ni distraigan al conductor, debiendo:

1. Ser de lectura simple y rápida, sin tener movimiento ni dar ilusión al mismo;
2. No confundir ni obstruir la visión de señales, curvas, puentes, encrucijadas u otros lugares peligrosos.

Art. 20- Salvo las señales del tránsito y obras de la infraestructura vial, todos los demás carteles, luces, obras y leyendas, incluso las de carácter político, deberán contar con permiso de la autoridad competente.

Por las infracciones a este artículo y al anterior, y los gastos consecuentes, responden solidariamente propietarios, publicistas y anunciantes.

Art. 21- LICENCIA DE CONDUCIR. La Provincia de Mendoza delega en los Municipios, a través de la suscripción de Convenios de Colaboración, la emisión de la Licencia Nacional de Conducir, de conformidad a los Convenios Marco de Colaboración y Específico de Cooperación celebrados entre la Agencia Nacional de Seguridad Vial y la Provincia de Mendoza.

El poder Ejecutivo Provincial, a través de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, auditará los Centros de emisión de Licencia Nacional de Conducir, los resultados de las mismas serán informados a la Agencia Nacional de Seguridad Vial.

"Art 21 bis- Habilítese a la Licencia Nacional de Conducir Digital, para conducir en todas las calles y caminos de la Provincia de Mendoza. Asimismo la Dirección de Seguridad Vial dependiente del Ministerio de Seguridad, y la Dirección de Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, arbitrarán los medios para la digitalización de la Licencia Nacional de Conducir, en coordinación con la Agencia Nacional de Seguridad Vial."

*Art. 21 ter- A los fines de constatación, verificación o control de la autoridad se tendrá por equivalente jurídicamente a la Licencia Nacional de Conducir Digital con la expedida por la autoridad en los términos del artículo 21. Siempre que la misma se encontrare vigente y sin ninguna restricción."

Art. 22- Adhiérase parcialmente a la Ley Nacional de Tránsito Nº 24.449, modificada por Ley Nº 26.363 , sólo en lo que respecta al Título III, Capítulo I, Artículo 11, con la reserva del inc. b) y c) que para la Provincia de Mendoza será de "dieciocho (18) años de edad"; y al Capítulo II, Artículos 13 al 20, reservando para la Provincia de Mendoza, respecto del Artículo 20, la expedición de la Licencia de conducir Clase D sólo a personas mayores de 21 años de edad. Dicha Licencia se expedirá sin el requisito de antigüedad previa en la categoría B, a requerimiento de la Dirección de Seguridad vial, únicamente para el personal de la Policía de Mendoza y del Servicio Penitenciario Provincial que cumplan funciones de chofer o motorista.

Art. 23- El funcionario que otorgare Licencia de Conducir sin observar estrictamente los requisitos fijados por la ley y sus reglamentaciones, se hará pasible de la sanción de cesantía o exoneración de la Administración Pública Provincial o Municipal, conforme al mecanismo establecido en los respectivos Estatutos.

Art. 24- La Ley Impositiva establecerá la eximición del arancel respectivo a los funcionarios policiales y penitenciarios que cumplan la función de chofer o motorista, a requerimiento de la Dirección de Seguridad Vial.

Art. 25- A todos los empleados y funcionarios públicos del ámbito Provincial, pertenecientes a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluidos los Magistrados, que posean multas viales con resoluciones firmes se les descontará el monto de la misma en su respectivo bono de haberes.

Asimismo, en los casos de multas cuyas resoluciones no se encuentren firmes podrán optar por su descuento mediante el bono de haberes. La autoridad respectiva establecerá la modalidad de descuento.

Idéntica medida se aplicará con los funcionarios y empleados municipales.

La reglamentación establecerá el mecanismo de recupero de los valores de las multas de tránsito descontadas a sus empleados, cuya sanción fue aplicada por otro Municipio o por la policía vial de la Provincia.

Art. 26- CAPACITACIÓN. Para el correcto uso de la vía pública, debe cumplimentarse lo siguiente:

- a) La Dirección General de Escuelas incluirá obligatoriamente la educación vial como asignatura a dictar en todos los niveles de la enseñanza formal del sistema educativo provincial y en los programas de educación no formal vinculados a esta materia;
- b) Se procurará, en la enseñanza técnica y universitaria, instituir orientaciones o especialidades que capaciten para servir a los distintos fines de la presente ley;
- c) Se difundirán y aplicarán permanentemente medidas adecuadas para la prevención de accidentes;
- d) Los Municipios destinarán predios especiales para la enseñanza práctica de la conducción, con la colaboración y asesoramiento de la Dirección de Seguridad Vial;
- e) Se prohíbe la publicidad o acciones de promoción que evoquen conductas contrarias a los fines de la presente ley;
- f) Los Municipios dictarán las capacitaciones pertinentes.

Art. 27- A los fines de esta ley, los funcionarios a cargo de su aplicación y de la comprobación de faltas, deben concurrir en forma periódica a cursos especiales de enseñanza de esta materia y de formación para saber aplicar ejemplarmente la legislación y hacer cumplir sus objetivos.

Art. 28- Los establecimientos donde se enseñe conducción de vehículos automotores, deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Los municipales y los originarios de la Dirección General de Escuelas, para habilitarse como un Instituto Privado de Capacitación Laboral.

b) Poseer habilitación de la Dirección de Seguridad Vial conforme a exigencias que establezca la reglamentación;

c) Contar con instructores profesionales matriculados;

d) Poseer vehículos automotores para las categorías habilitadas, con una antigüedad no superior a los ocho (8) años;

e) Presentar en los términos que fije la reglamentación toda la documentación inherente a su funcionamiento.

La Dirección de Seguridad Vial llevará el registro actualizado de las escuelas habilitadas. Estos establecimientos se adecuarán paulatinamente a lo previsto en la Disposición 207/09, Capítulo V - Escuela de Seguridad Vial de la Agencia Nacional de Seguridad Vial.

TÍTULO IV EL VEHÍCULO

Art. 29- Todo vehículo que circule en el territorio Provincial, a combustión o con tecnología de energía alternativa, debe cumplir las condiciones de seguridad activa y pasiva, de emisión de contaminantes y demás requerimientos que fijen las normas vigentes.

Art. 30- Los vehículos cumplirán las siguientes exigencias mínimas:

a) En general:

1. Sistema de frenado permanente, seguro y eficaz;

2. Sistema de dirección que permita el control del vehículo;

3. Sistema de suspensión que atenúe los efectos de las irregularidades de la infraestructura vial y contribuya a la adherencia y estabilidad;

4. Ruedas con cubiertas neumáticas o de elasticidad equivalente, en buen estado;

5. Las cubiertas reconstituidas o similares deberán estar identificadas debiendo sujetarse a las reglamentaciones de seguridad;

6. Cubiertas de auxilio y los elementos correspondientes para su recambio.

b) Los vehículos automotores de carga y del servicio de pasajeros deben poseer los dispositivos especiales acordes a los fines de esta ley;

c) Los vehículos automotores para transporte masivo deben estar especialmente diseñados para pasajeros, con las mejores condiciones de protección y seguridad del manejo;

d) Las casas rodantes motorizadas se ajustarán en lo pertinente a lo dispuesto en el inciso c);

e) Los destinados a cargas peligrosas, emergencias o seguridad deben habilitarse especialmente;

f) Los acoplados deben tener un sistema de acople para idéntico itinerario y otro de emergencia con dispositivo que lo detenga si se separa, y el sistema eléctrico debe poseer un seguro eléctrico para su desacople;

g) Las casas rodantes remolcadas deben tener el tractor, las dimensiones, pesos, estabilidad, condiciones de seguridad reglamentarias y ser habilitadas especialmente;

h) Las maquinarias especiales se ajustarán a lo dispuesto reglamentariamente y serán desmontables o plegables sus elementos sobresalientes;

i) Los vehículos automotores con tecnología de energía alternativa se ajustarán a las disposiciones que reglamenten su circulación.

Art. 31- Los vehículos automotores deben tener los siguientes dispositivos mínimos de seguridad:

a) Cinturones de seguridad en funcionamiento y apoya cabezas de seguridad en asientos delanteros y plazas traseras;

b) Paragolpes adelante y atrás o carrocería que cumpla tal función;

c) Guardabarros;

d) Limpiaparabrisas en funcionamiento;

e) Sistema retrovisor amplio, permanente y efectivo;

f) Bocina de sonoridad reglamentaria;

- g) Vidrios de seguridad o transparentes similares, normalizados y con el grado de tonalidad adecuado.
- h) Protección contra encandilamiento solar;
- i) Reflectivos ubicados según lo exigido por la reglamentación con criterio similar a las luces de posición;
- j) Que sus puertas, baúl y capot no puedan abrirse inesperadamente;
- k) Mandos o instrumental del lado izquierdo, dispuestos de manera que el conductor no deba desplazarse ni desatender la conducción para accionarlos. Contendrán como mínimo:
 - 1. Tablero de fácil visualización;
 - 2. Velocímetro;
 - 3. Indicadores de luz de giro;
 - 4. Testigos de luces alta y de posición;
- l) Fusibles interruptores automáticos, ubicados en forma accesible y en cantidad suficiente como para que cada uno cubra distintos circuitos, de modo tal que su interrupción no anule todo el sistema;
- m) Matafuegos, balizas, chaleco reflectivo y botiquín de primeros auxilios.

"Art. 31 bis) - Los dispositivos de movilidad personal deben poseer los siguientes requisitos de seguridad para su circulación por la vía pública:

- a) Un sistema de frenos que actúe sobre sus ruedas.
- b) Una base de apoyo para los pies.
- c) Timbre o bocina que permita llamar la atención bajo condiciones de tránsito mediano.
- d) Elementos reflectantes que permitan una adecuada visibilidad.
- e) El peso, potencia y dimensiones de los dispositivos de movilidad personal serán establecidos por la Autoridad de Aplicación.
- f) En el caso de las baterías que se utilicen para los dispositivos de movilidad personal, se debe garantizar la seguridad y compatibilidad de la combinación batería/cargador.

La Autoridad de Aplicación establecerá las características técnicas y requerimientos particulares para los elementos exigidos precedentemente.

Se prohíbe la circulación de los dispositivos de movilidad personal que no cumplan con los requisitos establecidos en este artículo."

Art. 32- Los vehículos automotores para transporte de personas y cargas deben tener los siguientes sistemas y elementos de iluminación:

a) Faros delanteros de luz blanca o amarilla en no más de dos pares, con luz alta y baja, ésta de proyección asimétrica;

b) Luces de posición que indiquen junto con las anteriores su longitud, ancho y sentido de marcha desde los puntos de observación reglamentarios;

1. Delanteras de color blanco;

2. Traseras de color rojo;

3. Laterales de color amarillo a cada costado, en los cuales por su largo las exija la reglamentación;

4. Indicadores diferenciales de color blanco, en los vehículos automotor en los cuales por su ancho los exija la reglamentación;

c) Luces de giro intermitentes de color amarillo, adelante y atrás en los vehículos automotores que indique la reglamentación, llevarán otras a sus costados;

d) Luces de freno, traseras de color rojo, se encenderán al accionarse el mando de freno antes que éste actúe;

e) Luz para la patente trasera;

f) Luz de retroceso blanca;

g) Las luces intermitentes de emergencia que incluirán a todos los indicadores de giro;

h) Sistema de destello de luces frontales;

i) Los vehículos de otro tipo se ajustarán, en lo pertinente, a lo dispuesto precedentemente y, además:

1. Las motocicletas, cualquier cilindrada, cumplirán en lo pertinente con lo dispuesto en los incisos a), b), c) d) y e);

2. Los acoplados cumplirán en lo pertinente con lo dispuesto en los incisos b), c), d), e), f) y g);
3. La maquinaria especial sólo queda exceptuada de tener luz alta.

Queda prohibido a cualquier vehículo automotor colocar faros o luces adicionales a los de fábrica, salvo el agregado de hasta dos (2) antiniebla, dos (2) de freno elevado y, sólo en calles de tierra, el uso de faros de largo alcance.

Art. 33- Los vehículos automotores que se especifican deben tener las siguientes luces adicionales:

- a) Los de transporte de carga y pasajeros deben estar provistos de luz anti-niebla de acuerdo a la reglamentación;
- b) Los camiones articulados o con acoplados, tres (3) luces en la parte central superior, verde adelante y rojas atrás;
- c) Las grúas para remolque; luces complementarias de los frenos, posición, giro y retrorreflectores, que no queden ocultas por el vehículo remolcado;
- d) Los transportes de pasajeros, cuatro (4) luces de color -a reglamentar- excluyendo el rojo, en la parte superior delantera y una (1) roja en la parte superior trasera y bandas reflectivas que delimiten los perímetros laterales y delanteros;
- e) Los transportes de niños, cuatro (4) luces de color amarillo en la parte superior delantera y dos (2) rojas y una (1) amarilla central en la parte superior trasera, todas conectadas a las luces normales intermitentes de emergencia;
- f) Los policiales, balizas azules intermitentes;
- g) Los de bomberos y servicios de apuntalamiento, explosivos u otros de emergencia, balizas rojas intermitentes;
- h) Las ambulancias y similares, balizas verdes intermitentes;
- i) La maquinaria especial y los vehículos automotores que por su finalidad de auxilio, reparación o recolección sobre la vía pública, no deben ajustarse a ciertas normas de circulación: balizas amarillas intermitentes;
- j) Los de seguridad privada, balizas grises intermitentes.

Art. 34- Ningún vehículo debe superar los límites de emisión de gases, ruidos y radiaciones parásitas.

Para la emisión de gases y radiaciones parasitas los límites y los procedimientos para detectar tales emisiones serán establecidos en la reglamentación, de acuerdo con la legislación en la materia.

La medición de ruido emanado de los vehículos se efectuará con un decibelímetro escala 60 - 120dbA, aplicando el siguiente criterio de evaluación y límites permisibles:

A: Bicicletas con motor, ciclomotores, motocicletas y todo vehículo que no supere los 3.000 kg, hasta un límite de 85 dbA.

B: Vehículos que superen los 3.000 Kg hasta un límite de 90 dbA.

La reglamentación adecuará la medición de ruidos teniendo en cuenta la particularidad de cada vehículo, no pudiendo superar los límites establecidos precedentemente.

La autoridad de aplicación labrará acta de infracción por las conductas descritas en este artículo conforme al artículo 52 inc. 47, el artículo 99 inciso d y concordantes.

El motor de los vehículos y chasis deberán tener numeración propia.

Poseerán asimismo, por lo menos un sistema de cierre de seguridad.

Artículo 35. "Revisión Técnica Obligatoria: adhiérase parcialmente a la Ley Nacional de Tránsito Nº 24.449 y su reglamentación, en lo que respecta al Título V, Capítulo II, artículo 34.

Las revisiones técnicas en vehículos de uso particular, estarán sometidas a la competencia de la Unidad Ejecutiva de Seguridad Vial, pudiendo ésta ejercer la prestación del servicio y su control y fiscalización, en forma directa o indirecta, a partir de otorgar permisos, habilitaciones, concesiones y/o de suscribir convenios con instituciones públicas, sean o no estatales.

Los servicios de transporte de pasajeros y de carga de Jurisdicción Provincial, serán sometidos a la revisión técnica que disponga la Dirección de Transporte en los plazos y formas que establezca la reglamentación."

Art. 36- SEGURO. Todo vehículo automotor, camión, acoplado o semi acoplado, tráiler, motocicleta, ciclomotor o similar, maquinaria agrícola, maquinaria especial y el transporte público de pasajeros deben estar cubiertos por un seguro, de acuerdo con las condiciones que fije la reglamentación y que:

a) Asegure la integridad de la indemnización a los terceros que pudieren resultar perjudicados por los daños que se causaren por el uso del vehículo;

b) En caso de contemplar franquicia, la misma no supere el doble del monto de la prima anual en el porcentaje que se refiere al seguro automotor obligatorio para daños a terceros damnificados.

c) El contrato de seguro obligatorio podrá ser celebrado por cualquiera de las entidades legalmente autorizadas para operar en el ramo correspondiente.

d) Los vehículos con patentes de países extranjeros en tránsito por la Provincia de Mendoza, deberán contar con este mismo seguro, contratado con compañías aseguradoras con sede en la Argentina, o en su caso con extensiones de póliza realizadas a través de entidades con sede en el País y que se sometan a la Jurisdicción Argentina.

Art. 37- Los concesionarios, agencias y particulares que vendan vehículos, motocicletas y ciclomotores, deberán exigir al comprador, previo a la entrega del rodado, el trámite completo de inscripción de dominio y patentamiento ante el Registro Nacional de Propiedad del Automotor.

TÍTULO V DE LA MOVILIDAD REGLAS GENERALES

Art. 38- La vía pública comprende los espacios físicos públicos por donde se desarrolla la circulación o desplazamiento de vehículos y personas. Las autoridades de aplicación de la presente ley ejercerán sus funciones tanto en los lugares públicos como en los privados de acceso público y en las aceras y veredas, en cuanto a las materias regidas en la presente ley.

Art. 39- En la vía pública se debe circular respetando las indicaciones de la autoridad de aplicación, las señales de tránsito y las normas legales, en ese orden de prioridad.

*Art. 40- "Al sólo requerimiento de la autoridad competente, se debe presentar la Licencia Nacional de Conducir Física o la Licencia Nacional de Conducir Digital, siendo las dos igualmente equivalentes e indistintas, la cédula de identificación del vehículo y/o cédula de identificación para autorizado a conducir o autorización expedida por Escribano Público Nacional, póliza y comprobante de seguro vigente - acreditando su pago en la forma establecida por el inciso d) del artículo 43- y demás documentación exigible, la que debe ser devuelta inmediatamente de ser verificada....".

La Licencia de Conducir no podrá retenerse, salvo en los siguientes casos:

- a) Cuando su término de vigencia se encuentre vencido;
- b) Cuando la categoría de la licencia de conducir no corresponda con la clase del vehículo automotor que conduzca;
- c) Cuando de su examen surgiera la presunción de que estuviera adulterada materialmente o falseada;
- d) Cuando haya caducado por cambio de datos no denunciados oportunamente;
- e) En los casos que el conductor se encontrare inhabilitado por Juez competente;

f) Cuando sea evidente la disminución de las condiciones psicofísicas del titular de la Licencia, excepto a los discapacitados debidamente habilitados, y/o incurra en la prohibición del artículo 52 inciso 7. En dicho supuesto corresponderá además la retención del vehículo."

Art. 41- Los peatones transitarán:

a) En las zonas urbanas, únicamente por las aceras u otros espacios habilitados a este fin;

b) En las encrucijadas, por la senda peatonal;

c) En las zonas rurales, en sentido opuesto al de circulación de vehículos y por la banquina, y en ausencia de ella, lo más alejado posible de su eje medio;

d) Por la calzada rodeando el automóvil, sólo para ascender o descender los ocupantes del vehículo automotor;

Las mismas disposiciones se aplicarán para las sillas de ruedas, coches de bebés, rodados propulsados por niños menores de doce (12) años y demás vehículos que no ocupen más espacio que el necesario para los peatones, ni superen la velocidad del paso.

Los Municipios podrán mediante Ordenanza establecer regulaciones inherentes al desplazamiento peatonal, educación vial y régimen de sanciones para los casos de incumplimiento.

Art. 42- Los conductores deben:

a) Antes de ingresar a la vía pública, verificar que tanto él como su vehículo se encuentren en adecuadas condiciones de seguridad, de acuerdo con los requisitos legales, bajo su responsabilidad.

No obstante, en caso de vehículos automotores del servicio de transporte, la responsabilidad por sus condiciones de seguridad, se ajustará a lo dispuesto por la reglamentación en materia de transporte la que en ningún caso eximirá de responsabilidad a los titulares del dominio y/o de la concesión o permiso;

b) En la vía pública, circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito.

Cualquier maniobra debe advertirla previamente y realizarla con precaución siempre que no cree riesgos ni afecte la fluidez del tránsito.

Utilizará únicamente la calzada, sobre la derecha y en el sentido señalado, respetando las vías o carriles exclusivos y los horarios de tránsito establecidos;

c) Los vehículos de tracción animal sólo podrán circular en los casos expresamente autorizados por la Dirección de Seguridad vial, con cuidado y precaución.

Art. 43- Para circular en vehículo automotor será necesario:

- a) Que el conductor acredite estar habilitado para conducir ese tipo de vehículo;
- b) Que su conductor porte documento de identificación del vehículo;
- c) Que el vehículo lleve reglamentariamente sus chapas patentes o placas identificatorias, debidamente iluminadas, las que no deberán estar obstruidas, modificadas o alteradas, por defensas u otros impedimentos que dificulten su correcta lectura;
- d) Que su conductor, residente o no en la Provincia de Mendoza, porte el comprobante de pago de la Póliza del Seguro de Responsabilidad Civil por daños hacia terceros, con cobertura vigente, el que se acreditará mediante la presentación del recibo de pago correspondiente o por medios electrónicos, tales como, mail, comprobantes de débito, capturas de pantalla, mensajería instantánea y cualquier otro medio equivalente que demuestre el pago.
- e) Que tratándose de un vehículo del transporte público de pasajeros, de carga, maquinaria especial y agrícola, cumplan las condiciones requeridas para cada tipo de vehículo, que su conductor lleve la documentación especial correspondiente y la póliza de seguro en las condiciones establecidas en el inciso d);
- f) Que el conductor de ciclomotores y motocicletas - cualquiera sea su cilindrada- y su acompañante, usen casco de seguridad homologado, y que el número de ocupantes no exceda la capacidad para la que fue construido;
- g) Que a los fines de la circulación se prohíbe el uso de cascos para uso industrial o de fabricación casera;
- h) Que el número de ocupantes en un vehículo automotor no exceda la capacidad de plazas para la que fue construido. El puesto de conducción estará ocupado indefectiblemente, por una sola persona;
- i) Que los niños menores de doce (12) años no ocupen los asientos delanteros del vehículo automotor y deben viajar en los asientos traseros sujetos con el cinturón de seguridad correspondiente en funcionamiento y los menores de cuatro (4) años de edad lo harán con el dispositivo de retención infantil homologado;
- j) Que se ajuste a la relación potencia-peso, dimensiones y peso máximo o cantidad de pasajeros permitidos por la reglamentación para cada categoría de vehículo automotor;
- k) Todos los ocupantes del vehículo automotor, tanto de las plazas delanteras como traseras, deberán utilizar el correspondiente cinturón de seguridad en funcionamiento y abrochado;

l) Las mascotas o los animales domésticos que se encuentren en el vehículo automotor deben ser colocados en las plazas traseras y sujetos, de tal manera que no interfieran con la libertad de movimientos, el campo necesario de visión y la atención permanente que debe tener el conductor.

"m) Que el conductor de un dispositivo de movilidad personal deberá portar Documento Nacional de Identidad".

"Art. 43 bis)- La edad mínima para conducir dispositivos de movilidad personal es de dieciséis (16) años."

"Art. 44- Para circular en bicicleta, con o sin motor o dispositivos de movilidad personal será necesario que:

1- Sus conductores y ocupantes usen casco de seguridad homologado.

2- Lleven instaladas una luz blanca hacia adelante y otra roja hacia atrás."

Art. 45- PRIORIDADES. Todo peatón, ciclista o conductor de vehículo automotor que llega a una bocacalle o encrucijada debe ajustarse a las indicaciones del agente de tránsito o a las que sean dadas por dispositivos de señales, semáforos o por señales fijas.

A falta de tales indicaciones los peatones, ciclistas y conductores de vehículos automotor se ajustarán en la forma que se indica en los incisos siguientes:

a) En las zonas urbanas el peatón tiene prioridad sobre los vehículos para atravesar la calzada por la senda peatonal.

b) En las zonas rurales los peatones, deben ceder el paso a los demás vehículos, a menos que atraviesen por zonas especialmente señaladas, en cuyo caso la prioridad les pertenece a ellos.

En todo accidente con participación de peatones, se presume la culpabilidad del ciclista o del conductor de vehículo automotor.

El ciclista o el conductor de vehículo automotor que lleguen a una bocacalle o encrucijada deben, en todos los casos, ceder el paso a todo vehículo que se presente por una vía pública situada a su derecha. Esta prioridad es absoluta y sólo se pierde ante:

1. La señalización específica en contrario;

2. Los vehículos ferroviarios;

3. Los del servicio público de urgencia en cumplimiento de una emergencia, con sus correspondientes luces de emergencia y sirenas encendidas;

4. Los que circulan por una vía de mayor jerarquía. Antes de ingresar o cruzar dicha vía debe siempre detenerse la marcha.

5. Los peatones que cruzan por la senda peatonal o por zona peligrosa habilitada como tal;

6. Las reglas especiales para rotonda;

7. Cualquier circunstancia cuando:

a. Se desemboque de una vía de tierra a una pavimentada;

b. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar;

La regla es la prioridad de paso en las rutas y solo sufre excepción cuando una ruta es de mayor importancia que otra, en cuyo caso, la prioridad pertenece al vehículo que transite por la ruta o camino principal.

Si se dan varias excepciones, se debe respetar el orden de prioridades establecido precedentemente.

Para cualquier otra maniobra goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que lleve acoplado.

La reglamentación determinará cuales son los supuestos que pueden considerarse como vía de mayor jerarquía.

Art. 46- ADELANTAMIENTO. El adelantamiento debe hacerse por la izquierda conforme a las siguientes reglas:

a) El que sobrepase debe constatar previamente que a su izquierda la vía esté libre en una distancia suficiente para evitar todo riesgo, y que ningún vehículo que le siga lo esté a su vez sobrepasando;

b) Debe tener la visibilidad suficiente y no iniciar la maniobra si se aproxima a una encrucijada, curva, puente, cima de la vía o lugar peligroso;

c) Debe advertir al que le precede su intención de sobrepasarlo por medio del destello de las luces frontales. En todos los casos debe utilizar el indicador de giro izquierdo hasta concluir su desplazamiento lateral;

d) Debe efectuarse el sobrepaso rápidamente de forma tal de retornar a su lugar a la derecha, sin interferir la marcha del vehículo sobrepasado, esta última acción debe realizarse con el indicador de giro en funcionamiento;

e) El vehículo que ha de ser sobrepasado debe, una vez advertida la intención de sobrepaso tomar las medidas necesarias para posibilitarlo, circular por la derecha de la calzada, mantenerse, y eventualmente reducir su velocidad;

f) Para indicar a los vehículos automotores posteriores la inconveniencia de adelantarse, se pondrá la luz de giro izquierda, ante la cual los mismos se abstendrán del sobrepaso. En cambio, la luz de giro derecha, indica la posibilidad de hacerlo;

g) En caminos angostos los camiones deben facilitar el adelantamiento de los vehículos automotores que intenten el sobrepaso.

h) Todo conductor debe detener espontáneamente su vehículo cada vez que un transporte de pasajeros se detenga con el objeto de tomar o dejar pasajeros sobre el lado por el que a él le corresponde adelantarse y no tiene derecho a reanudar su marcha hasta tanto no hayan abandonado estos la calzada;

i) Excepcionalmente se puede adelantar por la derecha cuando el conductor del vehículo que lo antecede ha indicado su intención de girar o de detenerse a su izquierda;

j) Las maquinarias especiales y/o agrícolas, además de las disposiciones comprendidas en el presente Título, deberán circular:

1) Por caminos auxiliares, en los casos en que éstos se encuentren en buenas condiciones de transitabilidad tal que permita la circulación segura de la maquinaria;

2) Por el extremo derecho de la calzada. No podrán ocupar en la circulación el carril opuesto, salvo en aquellos casos donde la infraestructura vial no lo permita, debiendo en esos casos adoptar las medidas de seguridad que la autoridad de aplicación disponga;

3) Cada tren deberá circular a no menos de cien metros (100 m) de otro tren aún cuando tome parte del mismo transporte de maquinaria especial o agrícola, debiendo guardar igual distancia de cualquier otro vehículo especial que eventualmente se encontrare circulando por la misma ruta, a fin de permitir que el resto de los usuarios pueda efectuar el sobrepaso;

4) No pueden estacionar sobre la calzada o sobre la banquina, o en aquellos lugares donde dificulten o impidan la visibilidad a otros conductores;

5) No pueden circular por el centro de la calzada, salvo en los caminos auxiliares;

6) No pueden efectuar sobrepasos;

7) Solo pueden ser conducidos por personas mayores de 21 años, con licencia de conducir habilitante.

Art. 47- Para realizar un giro debe respetarse la señalización y observar las siguientes reglas:

- a) Advertir la maniobra con suficiente antelación, mediante la señal luminosa correspondiente, que se mantendrá hasta la salida de la encrucijada;
- b) Circular desde treinta (30) metros antes del costado más próximo al giro a efectuar;
- c) Reducir la velocidad paulatinamente, girando a una marcha moderada, dando siempre la prioridad al peatón;
- d) Reforzar con la señal manual, cuando el giro se realice para ingresar en una vía de poca importancia o en un predio frentista;
- e) Si se trata de una rotonda, la circulación a su alrededor será ininterrumpida, sin detenciones y dejando la zona central no transitable, a la izquierda. Tiene prioridad de paso el que circula por ella, sobre el que intenta ingresar, debiendo cederla al que egresa.

Art. 48- VÍAS SEMAFORIZADAS. En las vías reguladas por semáforos:

a) Los vehículos deben:

1. Con luz verde a su frente, avanzar;
2. Con la luz roja, detenerse antes de la línea marcada a tal efecto o de la senda peatonal, evitando luego cualquier movimiento;
3. Con la luz amarilla, detenerse si se estima que no se alcanzará a trasponer la encrucijada antes de la roja;
4. Con luz amarilla intermitente, circular con precaución.

b) Los peatones podrán cruzar lícitamente la calzada:

1. Cuando a su frente tengan semáforo peatonal que los habiliten;
2. Si solo existe semáforo para vehículos, cuando tenga luz verde para los que circulan en su misma dirección;
3. Si el semáforo no está a su vista, lo harán cuando el tránsito de su vía a cruzar esté detenido. No deben cruzar con la luz roja o amarilla a su frente.

c) No rigen las normas comunes sobre el paso de encrucijadas;

- d) La velocidad máxima permitida, es la señalizada para la sucesión coordinada de luces verdes sobre la misma vía, respetando las velocidades máximas que para cada tipo de arteria establece el Art. 60º;
- e) Debe permitirse finalizar el cruce iniciado por otro y no comenzar el propio aún con la luz verde, si del otro lado de la encrucijada pasa un vehículo o peatón;
- f) En las vías de doble mano, está prohibido el giro a la izquierda, salvo señal que lo permita.

Art. 49- En las vías multicarriles de circulación, el tránsito debe ajustarse a lo siguiente:

- a) Se puede circular por carriles intermedios, cuando no haya a la derecha, otro igualmente disponible;
- b) Se debe circular en un mismo carril y por el centro de éste;
- c) Se debe advertir anticipadamente con la luz de giro correspondiente, la intención de cambiar de carril;
- d) Ningún conductor debe estorbar la fluidez del tránsito, circulando a menor velocidad que la de operación de su carril;
- e) Los vehículos de pasajeros y de carga, salvo ciclomotores, motocicletas, automóviles y camionetas, deben circular únicamente por el carril derecho, utilizando el carril inmediato de su izquierda para su sobrepaso.

Art. 50- En las autopistas, además de lo establecido para las vías multicarriles, rigen las siguientes reglas:

- a) El costado izquierdo o carril de velocidad, será utilizado sólo para adelantamiento;
- b) No pueden circular peatones, bicicletas con o sin motor vehículos de tracción animal, ciclomotores, ni maquinaria especial;
- c) No se puede estacionar ni detener para ascenso y descenso de pasajeros, ni efectuar carga y descarga de mercadería, salvo en las dársenas construidas al efecto, si las hubiere;
- d) Los vehículos automotores remolcados por causa de accidente, desperfectos mecánicos, deben abandonar la vía pública en la primera salida.

En autopistas, son de aplicación los incisos b) y c) del Art. anterior.

Art. 51- USO DE LAS LUCES. En la vía pública los vehículos automotores deben ajustarse a los Arts. 32 y 33, y encender sus luces desde el momento en que el mismo comienza a circular, observando las siguientes reglas:

"Inciso a): Luces bajas: su uso es obligatorio de forma permanente, excepto cuando corresponda luz alta y en los cruces ferroviarios; o luces de conducción diurna (DRL), excepto cuando por situación de luz natural disminuida corresponda luces bajas." b) Luz alta: su uso es necesario cuando la luz natural sea insuficiente. Queda prohibido su uso en zonas urbanas y cuando en zona rural haya vehículos circulando en sentido contrario o se transite detrás de otro.

c) Luces de posición: deben permanecer encendidas junto con la luz baja o alta, la de chapa de patente y las adicionales en su caso.

d) Destellos: deben utilizarse para pasar encrucijadas y para advertir la intensión de sobrepaso.

e) Luces intermitentes de emergencia: deben utilizarse para indicar la detención en zonas peligrosas y la ejecución de maniobras riesgosas.

f) Luces de freno, giro, retroceso e intermitente de emergencia:

Se encenderán a sus fines propios, aunque la luz del día sea suficiente.

Art. 52- PROHIBICIONES. Está prohibido conducir en la vía pública:

1. Sin la habilitación para ello y ceder o permitir la conducción a personas que no cuenten con la referida habilitación;

2. Careciendo de seguro obligatorio.

"Inciso 3): Circulando por la vía pública sin las luces bajas o luces de conducción diurna (DRL) encendidas desde el comienzo de la circulación." 4. Viajando los ocupantes del vehículo automotor sin el cinturón de seguridad correspondiente, debidamente abrochado, tanto en las plazas delanteras como traseras;

5. Viajando con menores de doce (12) años en el asiento delantero y con menores de cuatro (4) años de edad sin el dispositivo de retención infantil homologado;

6. Viajando con mascotas o animales domésticos que no se encuentren colocados en las plazas traseras y sujetos, de tal manera que no interfieran con la libertad de movimientos, el campo necesario de visión y la atención permanente que debe tener el conductor;

7. En automóviles, bajo los efectos del alcohol, con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro en sangre. Para quienes conduzcan bicicletas con o sin motor, motocicletas o ciclomotores queda prohibido hacerlo con una alcoholemia superior a 200 miligramos por litro en sangre. Para los conductores de vehículos destinados al transporte de pasajeros y de carga, se dispone que deban conducir con tasa de alcoholemia cero gramos por litro en sangre. La autoridad competente realizará el respectivo control mediante el método adecuado aprobado a tal fin;

8. En todos los vehículos bajo los efectos de psicotrópicos, estupefacientes, estimulantes u otras sustancias análogas, entre las que se incluirán, en cualquier caso, los medicamentos u otras sustancias bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular sin peligro;

Se establece que todos los conductores de vehículos se encuentran obligados a someterse a las pruebas que la reglamentación de la presente establezca para la detección de posibles intoxicaciones; la negativa a realizar la prueba constituye falta leve, además de la presunta infracción al Art. 52 inc. 7.

9. En todos los vehículos, haciendo uso de sistemas de telefonía móvil o análoga, auriculares, utilizando pantallas o monitores de video similares en el habitáculo del conductor y cualquier otro medio de comunicación inalámbrico, o adaptado que influyan en la disminución de atención del conductor, como así también el envío o recepción de mensajería instantánea;

10. A contramano, sobre los separadores del tránsito o fuera de la calzada, salvo sobre la banquina en caso de emergencia;

11. Disminuyendo arbitraria y bruscamente la velocidad y/o realizando movimientos zigzagueantes o maniobras intempestivas;

12. Girando sobre la calle o avenida para circular en sentido opuesto (giro en "u");

13. Obstruyendo el paso de vehículos o peatones en una bocacalle, avanzando con derecho a hacerlo, si del otro lado de la encrucijada no hay espacio suficiente para su ubicación;

14. Conduciendo a una distancia del vehículo que lo precede, menor de la prudente, de acuerdo a la velocidad de marcha;

15. Circulando marcha atrás, excepto para estacionar, o en los casos de egresar de un garaje o de una calle sin salida;

16. Deteniéndose irregularmente sobre la calzada, estacionar sobre la banquina o detenerse en ella, excepto casos de emergencia;

17. Cambiando de carril o fila, adelantarse o detenerse en una curva, encrucijada y otras zonas peligrosas, no respetando la velocidad precautoria;

18. Cruzando un paso a nivel, cuando las barreras estén bajas, las señales de advertencia en funcionamiento o la salida no expedita y/o detenerse sobre los rieles o a menos de cinco metros de ellos;

19. Remolcando automotores sin utilizar elementos rígidos de acople y con la debida precaución;

20. Con cubiertas con fallas o sin la profundidad reglamentaria;

21. Transportando cualquier carga o elemento que perturbe la visibilidad, afecte peligrosamente las condiciones aerodinámicas del vehículo, oculte luces o indicadores o sobresalga de los límites permitidos;
 22. En bicicleta con o sin motor, sin casco homologado;
 23. En motocicletas cualquiera fuera su cilindrada sin casco homologado;
 24. En bicicleta con o sin motor, ciclomotores y motocicletas, aferrados de otros vehículos o enfilados inmediatamente tras otros automotores;
 25. Manteniendo entre sí, los ómnibus y camiones, que transiten en multicarriles una distancia menor a cien (100) metros, salvo para iniciar una maniobra de adelantamiento, de acuerdo con las precauciones e indicaciones de esta ley;
 26. Con un tren de vehículos integrados por más de un acoplado, salvo lo dispuesto para las maquinarias especiales y agrícolas;
 27. Arreando hacienda, salvo por camino de tierra y fuera de la calzada y la banquina;
 28. En vehículos automotores con bandas de rodamiento metálicas o con chapas, tetones, cadenas, clavos u otro elemento que dañe la calzada, salvo sobre barro, nieve o hielo;
 29. Usando la bocina o señales acústicas, salvo en caso de peligro;
 30. Con vehículos que derramen combustible, que emitan gases, humo, ruidos, radiaciones u otras emanaciones contaminantes del ambiente, que excedan los límites reglamentarios;
 31. Con vehículos de tracción animal en las zonas urbanas, salvo autorización expresa de la Dirección de Seguridad Vial de la Provincia de Mendoza;
 32. Fugarse del lugar luego de ser partícipe de un accidente de tránsito;
- *Inc. 33) "Negando o siendo reticente a suministrar en casos de ser requerida por la autoridad de aplicación, los datos esenciales de la Licencia Nacional de Conducir, ya sea en soporte Físico o Digital expedida por la autoridad pertinente a través de los medios habilitados o del seguro obligatorio." 34. Impedir y obstruir el avance de los vehículos de seguridad, policiales, de auxilio o de las fuerzas armadas, cuando se hallen en cumplimiento de su misión específica;
35. Participar u organizar en la vía pública competencias no autorizadas de destreza o velocidad con vehículos;
 36. Conducir transportando sustancias inflamables o explosivos, violando disposiciones reglamentarias y/o con cargas que superen las dimensiones permitidas;

37. Ingresar en una encrucijada o cruce peatonal estando el semáforo en rojo, como así también no detener la marcha ante un cartel indicador: "Pare";
38. No respetar las prioridades circulatorias previstas en esta ley;
39. Sobrepasar el límite de velocidad máxima y mínima establecidos por esta ley, con un máximo de tolerancia del diez por ciento (10%);
40. Circular por la vía pública en motos deportivas, cross, enduro, cuatriciclo, arenero, karting, cualquiera sea su cilindrada o cualquier otro tipo de vehículo que no cumpla con las condiciones técnicas de seguridad activas y pasivas;
41. Adelantarse por la derecha a otro vehículo salvo las expresas excepciones previstas en esta ley;
42. No acatando o resistiendo los requerimientos de la autoridad de aplicación en lo que respecta a las reglas de circulación;
43. Circulando inadecuadamente, obstruyendo la fluidez del tránsito;
44. Deteniéndose sobre la calzada en vía de circulación no urbana y sobre la banquina, salvo en el caso que una avería imposibilite el movimiento del vehículo;
45. Un vehículo de transporte público, deteniéndolo de manera tal que no permita que lo adelanten los vehículos que transitan ocupando los carriles de circulación no adyacentes a la vereda;
46. Transgrediendo gravemente las condiciones técnicas de seguridad del vehículo, en los términos de los Arts. 30, inciso a) y 31 incisos a), b), d), e), f), i) y m); 32 incisos a), b), c), d), g), i) puntos 1,2,3 y 4;
47. Circulando sin el correspondiente sistema silenciador en condiciones, produciendo la emisión indebida de gases contaminantes y sonoros;
48. Causar daños de consideración a la infraestructura vial como consecuencia de observar conductas antirreglamentarias;
49. Estacionar vehículos sobre la acera, impidiendo y dificultando la circulación peatonal y de personas discapacitadas.
50. En vías de doble mano reguladas por semáforos girando a la izquierda, salvo señal que lo permita.
51. No advirtiendo la maniobra de giro a realizar con la suficiente antelación, mediante la señal luminosa correspondiente.

"52) Circular con los dispositivos de movilidad personal por la acera."

Art. 53- ESTACIONAMIENTO Y SEGURIDAD. En la zona urbana se estacionará sobre el costado derecho de la calzada, quedando prohibido efectuarlo sobre el izquierdo, salvo señalamiento en contrario. Se hará de la siguiente forma:

- a) En una sola fila paralela al cordón de la acera derecha del sentido de circulación. El estacionamiento a cuarenta y cinco grados (45º) o sobre el costado izquierdo deberá ser dispuesto por la autoridad de aplicación en forma expresa;
- b) Los vehículos serán estacionados a una distancia de veinte (20) centímetros del cordón de la acera, debiendo dejarse entre ellos un espacio de por lo menos cincuenta (50) centímetros. Está prohibido empujar a otro vehículo para obtener lugar para estacionar y/o salir del estacionamiento;
- c) Es obligatorio detener la marcha del motor y dejar el vehículo automotor frenado exclusivamente con el freno de mano. En las pendientes deberán además colocarse las ruedas delanteras en ángulo suficiente con el cordón de la acera para evitar movimientos incontrolados del vehículo;

Art. 54- Deberá tenerse presente que:

- a) El estacionamiento en zonas urbanas podrá ser limitado por unidades de tiempo;
- b) Todo estacionamiento incorrecto del vehículo será pasible de sanción y autoriza a la autoridad de aplicación a retirarlo del lugar;
- c) No habrá en la vía pública espacios reservados para determinados vehículos, salvo disposición fundada de la autoridad de aplicación y previa delimitación y señalamiento en que conste la autorización pertinente;
- d) En arterias de menos de seis metros de ancho, el estacionamiento se realizará solo en un lado de las mismas, no existiendo la limitación del sentido en que se estacione el vehículo;
- e) No se podrán autorizar lugares de estacionamiento que puedan afectar la visibilidad, fluidez o seguridad de la circulación, pudiéndose permitir estacionar sobre la parte externa de la acera, cuando su ancho y la circulación peatonal lo permitan;
- f) Los camiones, ómnibus, micrómnibus, vehículos y/o elementos (ya sean móviles o fijos) de gran porte podrán estacionar y/o estar ubicados sobre la vía pública en los lugares que señale a tal fin la autoridad local y nunca a menos de treinta metros del comienzo de una encrucijada o bocacalle;
- g) Se prohíbe el estacionamiento de vehículos para su venta en la acera o en la calzada;
- h) Se prohíbe el estacionamiento en la banquina o zona adyacente, salvo caso de fuerza mayor;

- i) En los caminos de tierra, el estacionamiento se hará siempre sobre la derecha;
- j) Se prohíbe el estacionamiento para pernoctar o hacer descansar hacienda en los caminos pavimentados, mejorados o de tierra abovedados;
- k) En las rutas frente al acceso de las propiedades, a menos de treinta (30) metros a cada lado de toda encrucijada, paso a nivel, puente o alcantarilla, curvas o cimas de cuestas, debiendo asegurarse, además en estos últimos casos una visibilidad de ochenta (80) metros en ambos sentidos;
- l) En las zonas urbanas y rutas, a menos de diez (10) metros a cada lado de los postes indicadores para que se detengan los vehículos para transporte de pasajeros o en los lugares señalados a tal fin;
- m) En los primeros y últimos cinco metros de cada cuadra contando desde las líneas municipales de cierre de propiedades de las respectivas calles transversales;
- n) En los lugares señalizados por la autoridad competente;
- o) Frente a las entradas de cocheras, garajes, estaciones de Servicio y playas de estacionamiento;
- p) A menos de cinco (5) metros de cada lado de:
 - 1. El ingreso a hospitales, dispensarios, sanatorios y salas velatorias;
 - 2. El ingreso a establecimientos educativos: escuelas, colegios, universidades y facultades en horas de clase;
 - 3. El ingreso a los templos religiosos y de culto en horas en que se celebren oficios o ceremonias;
 - 4. El ingreso principal a los hoteles que no presten servicios de albergue por horas;
 - 5. El ingreso a instituciones bancarias, durante el horario de atención al público;
 - 6. El ingreso a locales de espectáculos públicos mientras se realicen funciones en ellos;
 - 7. El ingreso a embajadas, consulados y a todo organismo público oficiales nacional, provincial y municipal.
 - 8. En el ingreso a las comisarías y/o dependencias policiales q) En la vía pública con el objeto de reparar vehículos en forma habitual;
- r) A menos de cincuenta metros antes de las señales camineras en las carreteras.

s) Está prohibido atar animales a los árboles, columnas o postes enclavados en la banquina, como asimismo atarlos en lugares permitidos en forma tal que puedan invadir la calzada;

t) Está prohibido el estacionamiento de vendedores ambulantes en los caminos o banquetas para ofrecer su mercadería.

Art. 55- No se podrá obtener reserva precaria en lugares de estacionamiento, salvo razones de extrema necesidad o de interés público, debidamente fundados ante la autoridad competente respectiva.

Igual temperamento regirá para el otorgamiento de autorizaciones de libre estacionamiento.

Art. 56- PESOS Y DIMENSIONES DE VEHÍCULOS. Serán de aplicación en la Provincia las disposiciones, que teniendo en cuenta la infraestructura vial, los adelantos técnicos de la vialidad y el transporte, dicten el Poder Ejecutivo Nacional y la Dirección Nacional de Vialidad, conforme la legislación vigente.

Facúltase a la Dirección Provincial de Vialidad a adecuar las normas precedentes a las necesidades y características locales.

Art. 57- TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CARGAS PELIGROSAS. Serán de aplicación en la Provincia las disposiciones contenidas en el Reglamento General para el transporte de materiales y sustancias peligrosas, Resolución Nº 233/86 de la Secretaría de Transporte de la Nación, sus complementarias y/o las que en el futuro se dicten.

La Dirección de Transporte podrá mediante reglamentación establecer regímenes de permisos o autorizaciones respecto del transporte de alguno de los materiales peligrosos, en razón de la frecuencia de circulación por zonas urbanas u otros aspectos vinculados por la seguridad pública.

La Dirección de Transporte determinará rigurosamente las condiciones del tránsito y transporte de cargas peligrosas, con la finalidad de proteger las personas y bienes que circulen por la vía pública.

Art. 58- CARGAS INSALUBRES:

a) El transporte de animales muertos, residuos o sustancias análogas, solo podrá hacerse en vehículos automotores debidamente autorizados a ese objeto y herméticos.

b) Queda prohibido el transporte de productos de la caza y pesca deportiva.

c) El transporte de materiales que produzca polvo, malos olores o puedan caer, tales como escombros, estiércol, cemento, yeso, arena, ripio y otros deberá realizarse en condiciones de máxima seguridad para bienes y personas.

d) Se prohíbe colocar esta clase de cargas en forma tal que rebase los bordes superiores del vehículo automotor, así como también que se aumenten las dimensiones o capacidad de estos mediante la colocación de suplementos adicionales.

e) El transporte de cargas insalubres, de materias venenosas, radioactivas, corrosivas y de todo otro elemento considerado como tal, deberá ajustarse rigurosamente a la legislación vigente.

Art. 59-REGLAS DE VELOCIDAD. El conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así deberá abandonar la vía o detener la marcha.

Art. 60- Los límites máximos de velocidad son:

a) En zona urbana:

1. En las calles, cuarenta (40) kilómetros por hora;
2. En avenidas, sesenta (60) kilómetros por hora;
3. En vías con semáforo coordinados y solo para motocicletas y vehículos automotores, la velocidad podrá ser superior a las anteriores, siempre que la misma se encuentre debidamente señalizada;

b) En zona rural:

1. Para motocicletas ochenta (80), automóviles y camionetas cien (100) kilómetros por hora;
2. Para microbus, ómnibus y casas rodantes motorizadas, noventa (90) kilómetros por hora;
3. Para camiones y automotores con casas rodantes acopladas, ochenta (80) kilómetros por hora;
4. Para transporte de sustancias peligrosas y residuos, setenta (70) kilómetros por hora;
5. Para maquinarias especiales o agrícolas, 40 kilómetros por hora;

c) En semiautopistas, los mismos límites que en zona rural para los distintos tipos de vehículos, salvo el de ciento diez (110) kilómetros por hora para automóviles y de cien (100) para motocicletas;

d) En autopistas los mismos que en semiautopistas, salvo el límite de ciento veinte (120) kilómetros por hora para motocicletas y automóviles;

e) Límites máximos especiales:

1. En las encrucijadas urbanas sin semáforos, la velocidad precautoria, nunca superior a veinte (20) kilómetros por hora;
2. En los pasos a nivel sin barreras ni semáforos, la velocidad precautoria, nunca será superior a veinte (20) kilómetros por hora, y ello después de asegurarse el conductor que no se aproxima ningún tren;
3. En proximidad de establecimientos educativos, deportivos de gran concurrencia de personas, la velocidad precautoria nunca superior a veinte (20) kilómetros por hora, durante su funcionamiento.

"f) Límite máximo general para los dispositivos de movilidad personal: veinticinco kilómetros por hora (25 km/h.)"

Art. 61- Se respetarán además los siguientes límites:

a) Mínimos:

1. En zona urbana y autopista, la mitad del máximo establecido para cada tipo de vía;
2. En caminos y semiautopistas el de cuarenta (40) kilómetros por hora, salvo los vehículos que deban portar permisos y las maquinarias especiales;

b) Señalizados: los que establezca la autoridad de tránsito, en los sectores del camino en los que así lo aconsejen la seguridad y la fluidez de la circulación.

Art. 62-REGLAS PARA CASOS ESPECIALES. La detención de todo vehículo o la presencia de cargas u objetos sobre la calzada o banquina, debido a caso fortuito o fuerza mayor, debe ser advertida a los usuarios de la vía pública, al menos, con la inmediata colocación de balizas reglamentarias.

La autoridad de aplicación debe procurar la remoción de obstáculos sin dilación, a través de los organismos competentes para ello.

Las autoridades de aplicación, de comprobación y los trabajadores que cumplan sus tareas sobre la calzada y/o banquina deberán utilizar vestimenta que los destaque suficientemente, por su color de día y por sus elementos reflectantes de noche.

Art. 63- La autoridad de aplicación podrá disponer la prohibición temporal de circular en la vía pública cuando situaciones climáticas o de emergencia así lo aconsejen.

En casos especiales, la autoridad o autoridades a quienes corresponda por su jurisdicción, podrán acordar permiso de tránsito a vehículos automotores que excedan las dimensiones o peso transmitido a la calzada, fijado por las normas vigentes, pero indefectiblemente, en horario diurno y con custodia otorgada por la autoridad de aplicación.

Art. 64-Está prohibido el uso de la vía pública para fines extraños al tránsito tales como: reuniones de grupos de personas por distintos fines procesiones, exhibiciones, competencias de velocidad pedestre, ciclísticas, automovilísticas, las que sólo pueden ser autorizadas por la autoridad correspondiente si:

- 1) El tránsito normal puede mantenerse con similar fluidez por vías alternativas de reemplazo;
- 2) Los organismos acrediten que se adoptaran en el lugar las necesarias medidas de seguridad para personas y cosas;
- 3) Se responsabilizan los organizadores, contratando un seguro por los eventuales daños a terceros o a la infraestructura vial, que pudieran surgir de la realización de un acto que implique riesgos.

Art. 65- Los vehículos de los servicios de emergencia pueden, excepcionalmente y en cumplimiento estricto de su misión específica, no respetar las normas referentes a la circulación, velocidad y estacionamiento, si ello le fuera absolutamente imprescindible en la ocasión de que se trate, siempre y cuando no ocasionen un mal mayor que aquel que intenten resolver.

Sólo en tales circunstancias deben circular advirtiendo su presencia con las balizas distintivas de emergencia en funcionamiento y agregando el sonido de una sirena si su cometido es de extraordinaria urgencia.

Los demás usuarios de la vía pública tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias a su alcance para facilitar el avance en tales circunstancias y no deben seguirlos. La sirena debe usarse simultáneamente con las balizas distintivas con la máxima moderación posible.

Estos vehículos de emergencia deberán estar registrados y habilitados por la autoridad jurisdiccional y no excederán la antigüedad fijada por la reglamentación.

Art. 66- La maquinaria especial que transite por la vía pública, debe ajustarse a las normas precedentes y a lo que expresamente determine la reglamentación.

Art. 67-Quedan prohibidas las franquicias referidas al tránsito o estacionamiento salvo las establecidas en esta ley.

Art. 68- Fíjanse las siguientes franquicias especiales, las que serán otorgadas previo cumplimiento de los requisitos requeridos por la Dirección de Seguridad Vial:

- a) Los vehículos en uso por discapacitados y diplomáticos extranjeros acreditados en el país;
- b) Profesionales en prestación de un servicio (público o privado) de carácter urgente o de bien común, gozarán de las franquicias que a cada uno se le acuerde en virtud de las necesidades de sus funciones;

A tal fin deberán llevar bien visible, adelante y atrás el distintivo reglamentario, sin perjuicio de la chapa patente que legalmente corresponda;

c) Los automotores antiguos de colección y de prototipos experimentales que no reúnan las condiciones de seguridad requeridas para los vehículos, podrán solicitar de la Dirección de Seguridad Vial la franquicia que los exceptúe de cumplir con ciertos requisitos para circular excepcionalmente en los lugares, ocasiones o lapsos determinados;

d) Los chasis o vehículos incompletos en traslado para su complementación, tendrán permiso general con itinerario. La reglamentación también regulará la franquicia para acoplados especiales de traslado de material deportivo no comercial y de vehículos para transporte postal y valores bancarios.

TÍTULO VI DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES DE TRÁNSITO

Art. 69- Créanse en el ámbito municipal, los Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito, conforme a las facultades otorgadas por el inciso 3 del Art. 200 de la Constitución de Mendoza. Cada municipio reglamentará la organización de dichos Juzgados y su puesta en funcionamiento se realizará según el cronograma dispuesto en el Art. 7° de la presente ley.

Art. 70- COMPOSICIÓN. Estarán compuestos por un Juez letrado que deberá reunir las condiciones o requisitos para ser Juez de Faltas de la Provincia y del personal que determine cada Municipalidad, siendo designados por el Intendente con acuerdo del Concejo Deliberante.

Permanecerán en sus cargos mientras dure su buena conducta y podrán ser removidos por las dos terceras partes del Concejo Deliberante respectivo, por las causales de remoción de magistrados.

Art. 71- FACULTADES. Los Jueces Administrativos Municipales de Tránsito serán competentes para:

a) Conocer y juzgar las faltas cometidas en contravención a las disposiciones de esta ley de Seguridad Vial dentro de sus respectivas jurisdicciones.

b) Sólo en el caso en que se produjera el fallecimiento de una o más personas en el lugar del accidente de tránsito, y fallecimiento en concurrencia con lesiones en el lugar del hecho, instruirá las actuaciones correspondientes la Policía de Mendoza, sin perjuicio de la colaboración que deberán prestar los agentes municipales de tránsito.

c) En el supuesto del inc. b) y al sólo efecto de dar cumplimiento de lo dispuesto en el inciso a) la Fiscalía de Instrucción interviniente deberá remitir en forma inmediata, vía mail, al Juez Municipal competente, copia del Acta de constatación del hecho la cual deberá contener los datos establecidos por esta ley en el Art. 108°.

d) En los Departamentos en los que no funcionen Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito - intertanto se cumpla el cronograma previsto en la presente ley - continuará interviniendo en los

accidentes viales la Policía de Mendoza; cesando tal función una vez que el Municipio ponga en marcha la estructura correspondiente.

Art. 72- La Policía de la Provincia mantendrá con los Municipios mutuas relaciones de colaboración y asistencia en la materia, debiendo concurrir en auxilio y apoyo de los mismos toda vez que fuese requerida por el Juez vial municipal.

Art. 73- Las Unidades de Resoluciones Viales dependientes de la Dirección de Seguridad Vial entenderán en el Juzgamiento de Actas por infracción vial que labre el personal policial de la Provincia de Mendoza.

Art. 74- Los Tribunales de Justicia, Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito y la Unidades de Resoluciones Viales deberán comunicar al Registro Provincial de Antecedentes de Tránsito toda sentencia o resolución por la que se condene a una persona con inhabilitación, cancelación o suspensión de la Licencia de Conducir, o que condene a una persona por delitos, cuya causa haya sido un accidente de tránsito.

TÍTULO VII RÉGIMEN DE SANCIONES PRINCIPIOS GENERALES

Art. 75- La falta de intencionalidad en la comisión de infracciones viales, así como los estados de intoxicación alcohólica o por estupefacientes, de los conductores, no serán circunstancias eximentes de la sanción que corresponda conforme a la tipificación prevista en esta ley.

Art. 76- Toda persona jurídica, de carácter público o privado, será pasible de las sanciones pecuniarias previstas en esta ley. Si la contravención en la vía pública es imputable al dependiente de ella, la sanción se impondrá sólo al autor de la misma. Si una persona jurídica de carácter pública fuera reiteradamente sancionada, la autoridad de aplicación además de aplicar en cada caso la sanción correspondiente, debe comunicar esa circunstancia a la autoridad superior de la que dependa el ente sancionado a fin de que se adopten las medidas disciplinarias que correspondan.

Art. 77- Las sanciones por infracciones o faltas viales que prevé esta ley son de cumplimiento efectivo, no podrán aplicarse con carácter condicional ni en suspenso, y las mismas consisten en:

a) Multa b) Inhabilitación para conducir vehículos.

c) Trabajo comunitario, accesoria al inciso a) y b);

d) Concurrencia obligatoria a cursos de capacitación, accesoria al inciso a) y b);

e) Decomiso, accesoria al inciso a) y b), implica la pérdida de los elementos cuya colocación, uso o transporte en los vehículos esté expresamente prohibido;

Las multas podrán ser aplicadas juntamente con cualquier otro tipo de sanción.

Para el caso de inhabilitación, cumplida la misma, se deberá concurrir a un centro de emisión de licencias de conducir para obtener la habilitación, debiendo cumplir los requisitos exigidos para la obtención por primera vez de la licencia de conducir.

"Art. 78- FALTAS GRAVÍSIMAS, GRAVES Y LEVES.

Se considerarán faltas gravísimas: Incurrir en la comisión de conductas prohibidas por el Art. 52º incisos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 primer párrafo, 9, 10, 15, 17, 18, 23, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42 y 48 de la presente Ley.

Se considerarán faltas graves: Incurrir en la comisión de conductas prohibidas por el Art. 52º incisos 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 50 y 51 de la presente Ley.

Se considerarán faltas leves: Incurrir en la comisión de conductas prohibidas por el Art. 52º incisos: 3, 8 segundo párrafo, 19, 22, 29 y 49 de la presente Ley."

Art. 79- Las faltas o infracciones viales no descriptas expresamente en el Art. anterior serán consideradas leves, sin perjuicio de la facultad del Juez vial de decidir en definitiva, de acuerdo a lo normado en la ley sobre atenuantes y agravantes.

Art. 80- La autoridad de juzgamiento podrá disminuir un 33% del máximo de las sanciones establecidas en el Art. 86º, cuando se den las condiciones siguientes:

- a) Que la infracción haya sido cometida por una necesidad debidamente acreditada, considerada en relación con la gravedad de la falta cometida;
- b) Cuando el presunto infractor, aun actuando diligentemente no pueda evitar cometer la falta y además la misma resulte intrascendente.

Art. 81- La sanción podrá aumentarse hasta el triple en los siguientes casos:

- a) Cuando la falta cometida haya puesto en inminente peligro la salud de las personas o causado daño efectivo a las mismas; o sea grave el daño producido a las cosas;
- b) Cuando el infractor haya cometido la falta fingiendo la prestación de un servicio de urgencia, emergencia u oficial;
- c) Cuando lo haya cometido abusando de reales situaciones de urgencia o emergencia, o del cumplimiento de un servicio público u oficial;
- d) Cuando se entorpezca la prestación de un servicio público;
- e) Cuando el infractor sea funcionario público y cometa la falta abusando de su carácter de tal;

f) Cuando la infracción relativa a velocidad, circulación y/o dispositivos de seguridad, se realice conduciendo transportes públicos de pasajeros, de escolares o vehículos de transporte de cargas peligrosas.

Art. 82- En caso de concurso de faltas, las sanciones se acumularán aun cuando sean leves, graves o gravísimas, no pudiendo exceder lo previsto en el Art. 86º in fine.

Art. 83- Se considera reincidencia cuando se comete una nueva infracción vial habiendo sido el infractor sancionado anteriormente en cualquier jurisdicción, dentro de los plazos de dos (2) años por falta leve, de tres (3) años por falta grave y de cuatro (4) años por falta gravísima.

Las sanciones por las gravísimas son antecedentes para aplicar la reincidencia por la comisión de una falta grave, no así a la inversa.

Las sanciones por las graves son antecedentes para la aplicar la reincidencia por las faltas leves, no así a la inversa.

En todos los casos los plazos se cuentan desde la infracción.

Art. 84- La reincidencia se sanciona en todos los casos, con multas que aumentarán:

a) Para la primera, el doble de lo que correspondería;

b) Para la segunda, el triple de lo que correspondería, con la inhabilitación por un período de sesenta (60) hasta ciento ochenta (180) días;

c) Para la tercera, el cuádruple de lo que correspondería, con la inhabilitación desde ciento (180) días hasta trescientos sesenta y cinco (365) días.

Art. 85- El valor de las multas se determina con la Unidad Fija que se denomina U.F., equivalente al precio medio de venta al público de un litro de nafta premium.

La Ley impositiva determinará anualmente el valor de la U.F.

Art. 86- Cada infracción del usuario de la vía pública a las reglas de la circulación prevista en la ley será sancionado con multas desde setenta (70) a cien (100) U.F. por faltas leves, desde quinientas (500) hasta setecientas (700) U.F. por faltas graves y desde setecientas cincuenta (750) hasta un mil (1.000) U.F. por faltas gravísimas.

Para los casos de concurso se aplicarán desde un mil trescientas (1.300) hasta un mil quinientas (1.500) U.F.

"Artículo 86 bis- Para el caso de la infracción prevista en el inciso 7 del artículo 52 de la presente Ley, la sanción será de tres mil (3000) U.F. y hasta seis mil (6.000) U.F. e inhabilitación para conducir vehículos por un período desde treinta (30) y hasta ciento ochenta (180) días.

En el caso de alcoholemia superior o igual a un (1) gramo por litro de sangre, será de aplicación el artículo 67 bis de la Ley Nº 9.099 Código de Contravenciones de la Provincia."

Art. 87- La autoridad de juzgamiento podrá requerir a la autoridad concedente, la suspensión o cancelación del permiso para la prestación de un servicio público de transportes de pasajeros o cargas, ante reiteradas violaciones a esta ley, en especial a las referidas a las condiciones técnicas del vehículo, seguro obligatorio y violación a los límites tolerables de contaminación que prevea la reglamentación.

Art. 88- Quien quebrante la sanción de inhabilitación que se hubiere impuesto por violación del régimen que prevé esta ley en materia de revisión técnica del vehículo (Art. 35) se hará pasible de una multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) U.F. con más el cumplimiento integro de la sanción quebrantada sin considerarse el tiempo ya transcurrido.

Art. 89- El pago voluntario de la multa deberá efectivizarse dentro del plazo de tres (3) días de confeccionada el acta de infracción, en cuyo caso, disminuirá su monto en un cuarenta por ciento (40%).

Art. 90- Cuando razones debidamente acreditadas ante el Juez Administrativo justificaren por la situación del infractor, la Resolución podrá conceder el beneficio del pago en cuotas de las multas que aplique. Asimismo, en los casos de faltas graves y gravísimas, en las que el infractor ofrezca el pago con tarjeta de crédito, el Juez podrá conceder en la Resolución el pago en hasta seis (6) cuotas.

Art. 91- Cuando no se identifique al infractor, la presunción en la comisión de la falta recaerá en el titular registral del vehículo automotor, salvo que acredite su enajenación, o que no estaba bajo su tenencia o custodia, o bien denuncie al responsable de la infracción.

Art. 92- Las multas tendientes a sancionar las faltas atinentes al estado de los vehículos, seguro obligatorio, revisión técnica y demás obligaciones que debe cumplir el propietario o custodio de los mismos, serán aplicadas a estos sin perjuicio de las responsabilidades que en el caso concreto pudieran corresponder al dependiente o usuario.

Art. 93- EXTINCIÓN DE ACCIONES Y SANCIONES.

La extinción de acciones y sanciones se opera:

- a) por muerte del presunto infractor o del sancionado;
- b) por prescripción;
- c) por pago voluntario de la multa;

d) por reparación de las fallas técnicas que motivaron la sanción en el plazo de diez (10) días contados a partir de la infracción, cuando no haya constituido falta grave y no registre otras sanciones similares durante los últimos seis (6) meses, y previa certificación por la autoridad de aplicación.

Art. 94- La acción prescribe a los dos años para las faltas leves, a los tres años para las faltas graves y a los cuatro años para las faltas gravísimas y para las sanciones, sobre las que opera aunque no se haya notificado la sentencia.

Art. 95- La prescripción de la acción se interrumpe:

- a) por la comisión sobreviniente de una nueva falta;
- b) por todo acto administrativo que persiga el cobro del monto de la falta o multa adeudada;
- c) por la ejecución fiscal de las sanciones de multa.

Art. 96- NOTIFICACIONES EN GENERAL. Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, mensajería telefónica digital instantánea, mensaje de texto, telefónica o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en el Tribunal.

Art. 97- Las multas se ejecutarán conforme lo determine la legislación vigente. La copia certificada de la resolución firme que aplicó la multa constituirá título suficiente para iniciar juicio, sin que sea necesario seguir el procedimiento previo de la boleta de deuda.

*Art. 98 - "Serán de aplicación supletoria del presente Título los principios generales contenidos en el Código Penal Argentino en su parte general, el Código Contravencional de la Provincia de Mendoza y el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza."

Art. 99- Procederá la retención o el retiro de los vehículos en los siguientes casos, sin perjuicio de la multa que pudiera corresponder:

- a) Cuando se constate que circulan sin los dispositivos de seguridad reglamentarios o en condiciones deficientes, en forma tal que entrañen peligro para personas o bienes o para la conservación de caminos y calles;
- b) Cuando se encuentren indebidamente estacionados;

c) Cuando encontrándose bien estacionados en vías o lugares públicos se constate su permanencia continua en el mismo sitio por más de tres (3) días hábiles. La permanencia referida hará presumir el abandono;

d) Cuando circulen sin el correspondiente sistema silenciador en condiciones o produciendo la emisión indebida de gases contaminantes;

e) Cuando circulen sin los sistemas de luces en condiciones, en horarios en los cuales no sea suficiente la luz solar;

"Inc. f) Cuando su conductor no tuviere edad para conducir, careciere de licencia habilitante en soporte físico o digital expedida por la autoridad pertinente a través de los medios habilitados, o la misma no correspondiese a la categoría del vehículo, cuando la licencia estuviese caducada en su término de vigencia, no renovada o habilitada debidamente, estuviere bajo intoxicación de estupefacientes, siempre que no hubiere personas habilitadas que puedan reemplazarla inmediatamente en la conducción." g) Cuando circulen en transgresión a los sistemas de identificación material del vehículo establecidos por el decreto-Ley Nacional Nº 6.582/58 (ratificado por Ley Nº 14.467) y por sus reglamentaciones, según ellas lo dispongan;

h) Cuando carezca del seguro obligatorio previsto en la legislación vigente;

i) Cuando resulte necesario para hacer cesar la comisión de la infracción en el caso de transporte colectivo de pasajeros y carga sujeto a autorización administrativa y careciera de la misma.

*Artículo 99 bis- En los casos del inciso 7 del artículo 52 de la presente Ley no será restituido el vehículo a su propietario o legítimo usuario hasta que no haya cumplido con la sanción correspondiente. La reglamentación establecerá lo relativo a la guarda y traslado de los vehículos."

Art. 100- En los casos contemplados en los apartados b) y c) del Art. anterior, la medida no procederá cuando encontrándose presente el conductor o propietario accediere a retirar el vehículo por sí mismo.

Art. 101 En los casos previstos en los apartados a) y d) del Art. 99º, el vehículo solo será restituido a su propietario o a su legítimo usuario, una vez desaparecidas las causas que originaron la retención, conforme al procedimiento que determine la reglamentación. En el supuesto del apartado e) del Art. 99 el conductor podrá reparar el desperfecto si en el lugar pudiese efectuarse sin afectar el tránsito. En el caso de los apartados f) y g) del Art. 99, el vehículo será restituido a su propietario o legítimo usuario.

Art. 102- En la hipótesis contemplada en los apartados h) e i) del Art. 99º, el vehículo será restituido a su propietario o legítimo usuario, cuando acredite haber dado cumplimiento a esas obligaciones o cese la prestación no autorizada.

Art. 103- Reglamentariamente, no podrán establecerse atenuaciones a las normas de los apartados a) y d) del Art. 99º, aún cuando el conductor justifique que los defectos se deben a un evento imprevisible y reciente.

Art. 104- En todos los supuestos en que el vehículo haya sido transportado y retirado por la autoridad, antes de la restitución se deberá abonar los gastos de acarreo y depósito que se hubiesen originado.

Art. 105- En ningún caso se procederá a la inmovilización de los vehículos en infracción por medios mecánicos en todo el territorio de la Provincia.

TÍTULO VIII DE LOS ACCIDENTES VIALES

Art. 106- Se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación.

El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito.

Art. 107- Es obligatorio para quienes sean participes de un accidente de tránsito:

a) Detenerse inmediatamente y señalizar con balizas;

"Inc. b) Suministrar los datos de su Licencia Nacional de Conducir sea en soporte físico o digital expedida por la autoridad pertinente a través de los medios habilitados y del seguro obligatorio a la otra parte o partes y a la autoridad interviniente. Si éstos no estuviesen presentes, debe dejar tales datos adhiriéndolos eficazmente al vehículo dañado." c) Denunciar el hecho ante la autoridad competente;

d) Comparecer ante la autoridad competente, en los plazos fijados en la presente Ley.

e) Colaborar con la autoridad no modificando el estado de las cosas y otras pruebas útiles.

Art. 108- La autoridad municipal de tránsito que intervenga en un accidente de tránsito procederá:

1. En todos los casos, haya o no heridos, a labrar el Acta de constatación que confeccionará en el lugar del hecho, según modelo del Anexo IV, y que deberá contener como mínimo:

a) La autoridad a cargo del procedimiento; día, mes, año, hora y lugar donde ocurrió el accidente;

b) Determinación de los presuntos infractores, con nombres, apellidos, domicilio, Documento de Identidad, mail y número de teléfono móvil o fijo, Licencia de Conducir; datos de la póliza de seguros con indicación precisa de la compañía aseguradora, y si los mismos han sido trasladados a un centro asistencial.

c) El número de dominio de los vehículos, marca, modelo, color y los daños ocasionados a ellos, descriptos en forma sintética;

d) El estado del tiempo, de la calzada y visibilidad;

e) Un plano, croquis del accidente vial, fotografías del lugar del hecho y de los vehículos.

f) Los daños ocasionados a la infraestructura vial (pavimento y los demás elementos complementarios: puentes, drenajes, señales viales, dispositivos de seguridad, columnas de hormigón y de alumbrado, alcantarillado y aceras) adjuntándose oportunamente las fotografías pertinentes.

g) Determinación de los testigos, si los hubiera, con sus nombres, apellidos, domicilio, documento de identidad, mail y número de teléfono móvil o fijo;

h) Contener una relación sucinta de los hechos y los datos necesarios para su esclarecimiento.

i) Los presuntos infractores tienen derecho a exponer lo que consideren pertinente, debiendo sus dichos quedar consignados en el Acta de constatación.

j) En caso de heridos, dejar constancia de la remisión de los presuntos infractores a la oficina fiscal para la prueba de alcohol en sangre.

k) Si los presuntos infractores o testigos se negaren a firmar, deberá dejarse constancia de ello en el Acta.

l) Si por las características, gravedad o complejidad del accidente o siniestro, no fuera posible o conveniente levantar el Acta en el lugar, se confeccionará inmediatamente, sin excepción, en la dependencia vial, que por jurisdicción corresponda, conteniendo los datos que se hubieran reunido en el lugar del hecho.

m) La firma de los presuntos infractores, testigos y funcionario interviniente.

2. En caso de heridos en el lugar del accidente deberá llamar en forma inmediata al 911 para poner en conocimiento el hecho y que se brinde la asistencia necesaria, debiendo tomar los recaudos para que a los involucrados se les realice el control de alcoholemia en la correspondiente Oficina Fiscal.

Art. 109- Concluida el Acta, el funcionario hará entrega de una constancia de la misma a los intervinientes quedando por este acto notificados de:

a) El Juzgado Administrativo interviniente en la sustanciación del proceso vial, b) De la audiencia oral ante el Juzgado interviniente para el quinto día hábil posterior, a fin de ofrecer y producir pruebas de descargo. En los casos que ofrezcan prueba testimonial deberán concurrir con los testigos a la audiencia citada. El horario de la audiencia será notificada vía telefónica, mensajería telefónica digital instantánea, mensaje de texto y/o mail, con anterioridad a la fecha de la audiencia.

c) Que en caso de incomparecencia a la audiencia oral, serán declarados rebeldes y se los tendrá por notificados en los estrados del Juzgado Administrativo de Tránsito. Sin perjuicio de lo dispuesto el proceso continuará de conformidad a lo establecido en la presente Ley.

d) Que en caso de imposibilidad física del presunto infractor se admite que asista al Juzgado Administrativo, en la fecha de la audiencia, un familiar y/o representante que acompañe certificado médico que acredite el estado de salud del mismo, al sólo efecto de solicitar nueva fecha de audiencia, atento que la misma sólo debe celebrarse con la presencia de las partes, lo cual habilita al Juez fijar nueva fecha de audiencia, la cual será notificada en el mismo acto.

e) De lo dispuesto en el Art. 108 punto 1 inciso j)

Art. 110-El actuante deberá entregar las Actas en el Juzgado Administrativo de tránsito el mismo día en que se labran, a los fines de que se fije el horario de la audiencia y se notifique a las partes en forma inmediata, por los medios previstos en el inc. b) del Art. 109°. En los casos de lesiones deberá entregar en forma inmediata una copia del Acta en la Oficina Fiscal del lugar del hecho.

Art. 111-Recepcionadas las actuaciones, el Juez Administrativo las examinará y en caso de advertir la existencia de delito, deberá remitir compulsas de las actuaciones a la Fiscalía de Instrucción en turno, sin perjuicio de continuar con el procedimiento administrativo correspondiente.

Art. 112- AUDIENCIA ORAL. El Juez Administrativo Municipal, escuchará a las partes, admitirá o denegará las pruebas ofrecidas, recepcionará la documental y testimonial aportada. Finalizada la audiencia, el Juez dictará la resolución definitiva en forma inmediata, fundando la misma en el término de tres (3) días; debiendo remitir compulsas a la justicia penal, en los casos que surgieren de la audiencia la presunta comisión de hechos ilícitos.

CONCILIACION. Apenas iniciada la audiencia, se faculta al Juez Administrativo Municipal y al titular de Resoluciones Viales a ofrecer la conciliación del conflicto surgido a consecuencia del accidente, de conformidad con los principios contenidos en las Leyes y en procura de contribuir a restaurar la armonía social de sus protagonistas. En los supuestos de conciliación de las partes el Juez deberá dictar la resolución del conflicto, sin perjuicio de fijar la multa correspondiente.

Art. 113- La Resolución y sus fundamentos se notificarán por medios electrónicos o en los estrados del Juzgado Administrativo Municipal de Tránsito o la Unidad de Resoluciones Viales.

TÍTULO IX PROCEDIMIENTO PARA LAS INFRACCIONES VIALES QUE NO SON ACCIDENTES VIALES

Art. 114- La autoridad de aplicación que constate una contravención vial procederá a labrar Acta en el lugar del hecho, conforme a modelo del anexo IV, la que deberá contener como mínimo:

1. Número de Acta y Juzgado Administrativo Municipal interviniente, 2. Hora, día, mes y año, 3. Tipo de vehículo, dominio si correspondiese, 4. Modelo, marca y color, 5. Documento de Identidad o razón social del propietario, 6. Domicilio, localidad, departamento, provincia del propietario, 7. Documento de identidad del infractor, 8. Nombre y apellido del infractor, 9. Número de Licencia de conducir del infractor, categoría, vencimiento, procedencia, 10. Domicilio, departamento y provincia del infractor, 11. Lugar de la infracción, localidad y departamento, 12. Manifestación del infractor, 13. Tipo de falta, 14. Firma de testigo, D.N.I. y aclaración, 15. Firma del Infractor, si se hallare presente, o motivos por los que se niega a firmar, 16. Nombre, apellido, jerarquía, lugar en la que presta servicio y firma del funcionario interviniente, 17. El Acta se labrará en original y copia, y en caso de Actas de infracción que se labren por medios automáticos deberá identificarse el equipo o dispositivo utilizado, 18. Concluida el Acta el funcionario hará entrega de una copia de la misma al presunto infractor si está presente, a cualquier persona mayor de dieciocho (18) años que se encuentre en el vehículo en caso que el supuesto infractor no se halle en el lugar, y en los casos en que no se encuentre persona alguna a quien entregar el Acta de contravención, la autoridad la introducirá en el vehículo o lo fijará en su exterior; quedando en todos los casos notificado en forma fehaciente de:

a) Juez interviniente, b) opción de pago voluntario, previsto en el Art. 89°, c) opción del derecho de presentar un descargo y ofrecimiento de pruebas dentro los cinco días hábiles, en caso de no haber optado por el pago voluntario, 19. El actuante deberá entregar las Actas de infracción el mismo día en que se labran.

Art. 115- En los casos en que el infractor realice el pago voluntario previsto en el Art. 89°, deberá concurrir ante el Juez Administrativo de Tránsito, antes del plazo previsto para la presentación del descargo, con el instrumento que así lo acredite. Acreditado el pago, el Juez dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite; sin perjuicio de comunicar la infracción cometida al Registro Provincial de Antecedentes de Tránsito y Apremios (RePATyAP).

Art. 116- En los casos en que no se opte por el pago voluntario y presenten descargo, el Juez Administrativo admitirá o rechazará la prueba en el plazo de tres días y resolverá en un plazo no mayor a cinco (5) días desde la presentación del descargo.

Art. 117- En los casos que no se haya determinado al infractor al momento de labrarse el acta y éste no hubiere presentado descargo u opción de pago voluntario en los plazos previstos en el presente Título, el Juez Administrativo deberá proceder a su individualización citando a ejercer su derecho de defensa al titular registral de dominio del vehículo, en el domicilio denunciado ante el Registro Nacional de Automotor o al domicilio denunciado cuando gestionó la Licencia de Conducir.

Art. 118- Todo presunto infractor, que se domicilie a más de sesenta (60) kilómetros del asiento del Juez competente que corresponda a la jurisdicción del lugar de la comisión de la infracción, tendrá derecho a ejercer su defensa por escrito mediante uso de correo postal o correo electrónico (mail) de fehaciente constatación.

"El domicilio del presunto infractor será el que conste en la Licencia Nacional de Conducir sea en soporte físico o digital expedida por la autoridad pertinente a través de los medios habilitados o el del Documento Nacional de Identidad, para los casos enumerados en los incisos a), c), d) y e) del Artículo 40 de la presente ley. Cuando el juzgamiento requiera el conocimiento del lugar donde se cometió la infracción, el juez actuante podrá solicitar los informes pertinentes al Juez o a las autoridades de constatación locales."

Art. 119- En los casos que intervenga la Unidad de Resoluciones Viales o la Dirección de Transporte se aplicará el procedimiento previsto en los artículos del presente Título.

Art. 120- Facúltase a los Municipios a crear un procedimiento especial para la constatación de contravenciones viales por sistemas automáticos de registro gráfico, según las normas establecidas por la Ley Nacional de Metrología Nº 19.511

TÍTULO X DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS ACCIDENTES VIALES Y LAS INFRACCIONES VIALES

Art. 121- En estos procesos no será necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal, ni se admitirá la intervención de parte civil.

Art. 122- Las Actas labradas por el funcionario competente en las condiciones previstas en la presente ley, podrán ser consideradas por el Juez Administrativo como plena prueba de la responsabilidad del infractor.

Art. 123- Firme que se encuentre la Resolución, el Juez Administrativo interviniente procederá a remitir en forma inmediata copia de la Resolución al área de recaudación , al Registro Provincial de Antecedentes de Tránsito (REPAT), al Observatorio de Seguridad Vial y a la Dirección de Vialidad Provincial.

Art. 124- Contra la Resolución condenatoria dictada por el Juez Administrativo o por la Unidad de Resoluciones Viales podrá interponerse Recurso de Apelación dentro de los tres (3) días hábiles contados desde su notificación. La apelación deberá interponerse ante la autoridad que dictó la misma, mediante escrito fundado, en el que deberá ofrecerse toda la prueba que haga a la defensa, acompañando el comprobante de pago del importe de la multa y constituir domicilio especial, dentro del radio del Juzgado, a los fines de la alzada.

Art. 125- La falta de fundamentación del recurso de apelación, o la omisión de constituir domicilio especial para la alzada, o de acompañar el comprobante de pago del importe de la multa, determinarán la inadmisibilidad formal del recurso, que será dispuesta por la misma autoridad que dictó la resolución apelada, debiendo notificarse al apelante conforme el Art. 96. Admitido que sea el recurso, el expediente se elevará de inmediato al Juez de Faltas en turno al momento del hecho.

TÍTULO XI DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

Art. 126- La recaudación de los recursos provenientes de las sanciones pecuniarias y recargos previstos en el presente Título, estará a cargo del Municipio en que se verificó la infracción y/o de la Provincia de

Mendoza, de conformidad a la distribución y funciones que fija la presente ley. En ambos casos, la recaudación íntegra ingresará al erario del organismo interviniente.

Art. 127- El Poder Ejecutivo provincial y el municipal podrán gestionar por sí o por terceros el cobro de las multas correspondientes.

Art. 128- Las autoridades públicas municipales y Provinciales no darán curso a trámite alguno, referente a vehículos o conductores, si los interesados no hubieren hecho efectivo el monto total de la multa y/o recargos o, en su caso, no tuvieren el plan de facilidades de pago al día, a la fecha de la solicitud de requerimiento del trámite.

Art. 129- Los vehículos retenidos quedan a disposición del Juez Administrativo Municipal de Tránsito o de la Unidad de Resoluciones viales de la Provincia en las playas de secuestros municipales o provinciales, respectivamente.

En los casos de intervención de la Justicia provincial, el Juez Administrativo una vez firme la Resolución administrativa pondrá a disposición de la justicia el vehículo (Ley 6816), sin perjuicio que durante el proceso se encuentre a disposición conjunta de los Magistrados intervinientes.

Art. 130- En los supuestos de vehículos retenidos que no se encuentren a disposición de la justicia provincial, y que no correspondiera su entrega a quienes alegaren derechos sobre ellos, o en los casos que no cumplan con las exigencias previstas por el Título IV en un plazo de seis (6) meses desde su retención, los mismos serán puestos en depósito, a disposición del Ejecutivo Municipal o del titular de Resoluciones Viales, según corresponda, pudiendo ser afectados a las funciones inherentes a las prestaciones de servicios públicos. Dichos vehículos deberán ser identificados con la inscripción "vehículo retenido ley de seguridad vial", excepto que el vehículo se afecte a tareas de investigación o inteligencia de la Policía de Mendoza.

La reglamentación de la presente ley dispondrá los mecanismos de entrega y recupero de estos bienes, así como las exigencias de registración, seguros y demás instrumentos legales.

Art. 131- En los casos en que el Poder Ejecutivo Provincial y/o Municipal no haga uso de la opción del Art. 130° deberán iniciar el procedimiento previsto en la Ley 8.018

ART. 132- Si se tratare de vehículos cuyo mal estado y/o escaso valor no amerite la entrega en depósito prevista en el Art. 130°, ni tampoco la venta en subasta dispuesta en el Art. 131°, transcurrido seis (6) meses desde su retención, serán puestos en depósito, a disposición del Ejecutivo Municipal o del titular de Resoluciones Viales, según corresponda, quienes deberán solicitar la descontaminación, destrucción, compactación y disposición en calidad de chatarra. Previo, deberán notificar fehacientemente por edictos al titular registral del vehículo, acreedor prendario o embargante, si los hubiere, y/o a todo aquel que se considere con derecho sobre el mismo, emplazándolos por el plazo de quince (15) días a retirarlo bajo apercibimiento de procederse a la destrucción del mismo.

Los importes provenientes de la venta en subasta y/o compactación o destrucción se destinarán para solventar los gastos de mantenimiento y seguridad de las playas de secuestros.

Art. 133- Las bicicletas con o sin motor retenidas que no se encuentren a disposición de la Justicia Provincial (Ley 6.816), en los casos que no cumplan con las exigencias previstas por el Art. 44 o que no han sido restituidas en el plazo de seis (6) meses y que se encuentren en buen estado serán entregadas, a requerimiento de los Poderes Ejecutivos Provincial y Municipal, para el uso de alumnos y personal docente y no docente de los establecimientos educativos públicos y/o instituciones de bien público, ubicados en zonas rurales preferentemente. A dichos efectos deberán ser identificadas con la inscripción "bicicleta retenida ley de seguridad vial".

Art. 134- En cualquier estado del procedimiento el titular registral podrá manifestar expresamente su voluntad de abandonar el vehículo o sus partes ante el Ejecutivo Municipal o el titular de la Unidad de Resoluciones Viales; labrándose acta administrativa a través de la cual se dejará constancia que el propietario cede gratuitamente la titularidad del bien a favor de la autoridad de aplicación. Tal situación será notificada al Juez Administrativo Municipal en los casos pertinentes.

El Registro Nacional de Propiedad del automotor tomará razón de dicha cesión a instancia del cesionario, procediendo al correspondiente cambio de titularidad.

Art. 135- Con el objeto de conocer el estado de todos los vehículos ingresados a la playa de secuestros, se tomarán fotografías de los mismos, en varias posiciones, debiendo ser incorporadas al expediente del procedimiento administrativo correspondiente.

Art. 136- Sustitúyase el Art. 12 de la Ley Nº 6.816 quedando redactado de la siguiente manera "Cada Departamento de Secuestros Judiciales deberá contar con lugar físico para el depósito de los vehículos, pudiendo el Estado Provincial facilitar al Poder Judicial, terrenos o instalaciones adecuadas acordes a las necesidades de cada Departamento, mediante comodato o locación."

Art. 137- Forman parte integrante de la presente ley el Anexo I: Definiciones; el Anexo II:

Demarcaciones y señalizaciones; el Anexo III:

Plan anual de seguridad vial, y Anexo IV:

modelos de actas.

Art. 138- Modifícanse los incisos 2º y 3º del Art. 336 de la Ley Nº 6.730 , los que quedarán redactados de la siguiente manera:

1) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

2) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

Art. 139- El Poder Ejecutivo Provincial, reglamentará las disposiciones de esta ley, salvo aquellas cuestiones estrictamente locales de competencia Municipal.

Art. 140- CLÁUSULA TRANSITORIA. Deróganse los Títulos I al XI de la Ley N° 6.082 y sus modificatorias; y manténgase vigente el Título XII "Del Transporte", Arts. 154 al 221 de la mencionada Ley , intertanto se sancione por la Legislatura Provincial la Ley de Transporte.

Art. 141-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

JUAN CARLOS JALIFF - NÉSTOR PARÉS - DIEGO MARIANO SEOANE - MARÍA CAROLINA LETTRY

ANEXO

ANEXO "Dispositivo de movilidad personal: Vehículos de una o más ruedas dotados de una única plaza y propulsados exclusivamente por motores eléctricos. Sólo pueden estar equipados con un asiento si están dotados de sistema de autobalance. Se excluyen de esta definición los vehículos sin sistema de autobalanceo y con asiento, los vehículos concebidos para competición y los vehículos para personas con movilidad reducida." Las secciones cicloviales se definen en términos de su función, forma, uso e intensidad del flujo de ciclistas (usuarios y usuarias) y se combinan con dos factores: velocidad y volumen del flujo vehicular motorizado (entorno), para determinar las necesidades de segregación que garanticen la protección vial a los y las ciclistas. Asimismo, se deben considerar las necesidades de flujos peatonales, quienes siempre deberán tener prioridad sobre los demás modos.

Los requisitos de diseño ciclovial varían dependiendo del tipo de vía (arterial,colectora o local) sobre la cual va emplazada. Por regla general, las vías arteriales y colectoras requieren secciones viales con infraestructura segregada o delimitada para la bicicleta y las vías locales no requieren esta segregación, gracias a que, por lo regular, son calles con velocidades menores (máximo 30 km/h) y poco tráfico (máximo 10.000 vehículos motorizados/día).

Tipos de secciones cicloviales:

Cicloacera y Ciclosenda o Bicisenda: Son secciones cicloviales integradas a la vereda o en espacios compartidos con peatones aptas para la circulación de dispositivos de movilidad personal y bicicletas, preferentemente se deben definir en entornos con bajo flujo peatonal o que cuenten con el ancho necesario para garantizar la circulación cómoda y segura tanto de ciclistas como de peatones.

No siguen el trazado de una vía motorizada, sino que están vinculadas a parques lineales o de otro tipo, malecones, alamedas, corredores verdes u otra infraestructura donde no circulan vehículos motorizados.

Ciclocarril: Es una franja delimitada de la calzada que guía la circulación de bicicletas y dispositivos de movilidad personal, siempre en sentido unidireccional. Está señalizado por el pictograma de bicicleta, la flecha que indica el sentido de circulación y está delimitada por una o dos líneas. De manera ocasional puede ser utilizada por vehículos motorizados, por ejemplo, para evitar obstáculos o ingresar o salir de una zona de estacionamiento en vía.

El pavimento del ciclocarril puede estar pintado con color contrastante, lo cual mejora la visibilidad de los y las ciclistas.

La sección recomendada para los ciclocarriles es entre de 1,40 m y 1,80 m además del espacio de delimitación de 0,60 m. El carril adyacente al ciclocarril deberá garantizar una velocidad no mayor a 40 km/h y por tanto el ancho de este carril se prefiere de 3,00 m.

Ciclo vía: Sección ciclovial integrada al nivel de la calzada o al separador lateral o central y es de uso exclusivo para la circulación de bicicletas y dispositivos de movilidad personal. Puede ser bidireccional o unidireccional.

Cuando es unidireccional, se localiza preferiblemente en el costado derecho de la vía, porque facilita a los y las ciclistas desplazarse en el mismo sentido del flujo vehicular e integrarse fácilmente a una nueva calle al cambiar de dirección.

Las bidireccionales se prefiere en avenidas, donde se dificulta el paso a nivel de un lado al otro de la vía y por ende se requieren desplazamientos en ambos sentidos de un mismo costado, o también en alamedas, parques o corredores verdes donde los giros o intersecciones son mínimos y los conflictos con peatones y automotores son menores.

Su ancho deberá permitir el sobrepaso en ambos sentidos y considerar el volumen de ciclistas en períodos de alta demanda (horas pico). Las velocidades máximas permitidas son 30 km/h para arterias pavimentadas y 24 km/h en terrenos no pavimentados.